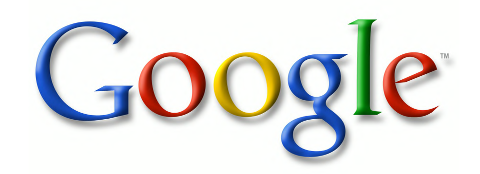



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS



Der
Gerichtsstand der Vereinbarung
nach römischem Recht.

Von der Juristenfakultät der Universität München
mit dem Accessit gekrönte Preisschrift

von

Leopold Menzinger.

Inaugural-Dissertation.

München.
Theodor Ackermann
königlicher Hof-Buchhändler.
1888.

Motto:

Man weiß nur, wenn man wenig weiß;
mit dem Wissen wächst der Zweifel.

Goethe.

Vorbemerkung.

Der Gerichtsstand der Vereinbarung, von welchem die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877 in den §§ 38—40 handelt, hat seinen Ursprung im römischen Recht.

cf. Glück, Commentar, 2. Aufl. Bd. 3 § 206 S. 248. J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes § 21 S. 6 zu Note 2. C. F. Reatz, Der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung S. 55 § 8.

Der Auffassung des römischen Rechts würde die Bezeichnung „forum conventionale" i. e. consensuale am besten entsprechen.

cf. Francke, Der gemeine deutsche und schleswig-holsteinische Civilprozeß. 1. Theil § 51 A 4 S. 126;

im kanonischen Recht erhält unser Gerichtsstand die Bezeichnung „forum prorogatum" cf. c 32, c 40 X 1,29 veranlaßt durch l 2 § 2 D de jud. 5, 1 (Deckherr de prorogatione jurisdictionis Arg. 1663 Thes. I cap. XIV S. 7.

Bayer, Vorträge. 10. Aufl. § 77 S. 233);

sie ist bei den Schriftstellern des gemeinen Prozesses zur allgemein üblichen geworden: Wetzell, System. 2. Aufl. S. 428 A. 28;

Thibaut, Pandekten. 2. Aufl. Bd. 3 S. 31 zu Note l. u. A.

Die folgende Ausführung soll die Grundsätze zur Darstellung bringen, von welchen das römische Recht bei der Schaffung des Gerichtsstandes der Vereinbarung ausgegangen ist; ihre Darlegung dürfte gerade gegenüber den vielerlei Controversen, zu welchen die Reichscivilprozeßordnung Anlaß gegeben hat, von Interesse sein, wenn auch die Bestimmungen des römischen Rechts natürlich nur mehr rechtshistorische Bedeutung beanspruchen können.

§ 1. Einleitung.

1) Der Ausdruck prorogatio kommt in den Quellen des römischen Rechts nur einmal vor, nemlich in der l 2 § 2 D de jud. 5,1, in welcher bestimmt wird, daß die einem judex datus zur Erledigung der Streitsache im Interesse der Parteien gesetzte Frist, wenn sowohl der judex als auch die Parteien damit einverstanden sind, prorogirt d. h. verlängert werden könne, falls nicht ein spezielles kaiserliches Verbot entgegenstehe.

Obwohl es sich beim judex datus weder um Forum, noch um jurisdictio handelt[1]), so hat doch die Doktrin gerade aus dieser Stelle eine lange Zeit festgehaltene Species der Prorogatio abgeleitet, nemlich die prorogatio de tempore ad tempus[2]) des judex delegatus, und ist dieser Ausdruck „Prorogatio fori" durch das kanonische Recht zur Bezeichnung unseres Gerichtsstandes geworden.

Warum aber nach römischem Recht der eigentliche Ausdruck „propagatio fori" sein sollte, wie Noodt (de jurisdictione II, 12) und Francke (l. c. Note 2) annehmen, ist wohl unerfindlich, wie auch nicht leicht einzusehen ist, warum das „zierlicher" wäre, wie Glück (l. c. S. 171 A 46) behauptet. In derselben Beziehung auf die Zeit, wie das Wort prorogatio in der l. 2 § 2 cit. kommt auch das Verbum prorogare in vielen Stellen des Corpus

---

[1]) Henrici Boceri de Jurisdictione Tractatus Tubing. 1609 Cap. VII nu 47.

Deckherr l. c. Thes. I cap. XIII S. 6 u. f.

Vinnii Tract. de Jurisd. 1664 S. 877 sub 12.

Huberi Pralectiones 1749 lib II S. 578 sub 2.

[2]) z. B. Hiltrop Processus judiciarius 1707 S. 61 sub 38. Damasus Summa de ordine jud. (bei Wunderlich Anecdota quae processum civilem spectant 1841 S. 83). Feliciani de Oliva Tract. de foro ecclesiae 1607 S. 107 sub. 38.

juris vor[1]), woneben sich aber auch Verbindungen mit prorogare finden, die einen ganz andern Sinn haben[2]).

2) Ist sohin die im gemeinen Recht üblich gewordene Bezeichnung unseres Gerichtsstandes dem römischen Recht vollkommen fremd, so ist dagegen der ihn beherrschende Grundsatz vollständig klar und deutlich in demselben ausgesprochen.

Ulpian stellt in l 1 D de jud. 5, 1 in prägnanter Weise der Lehre von den Gerichtsständen das beim Gerichtsstand der Vereinbarung maßgebende Prinzip voran und bezeichnet in l 2 § 1 D eod. 5, 1 die lex Julia judiciorum als das Gesetz, welches er seinen Erläuterungen zu Grunde legt. Ob nun in dieser lex Julia[3]), wie Glück annimmt „die ersteren Spuren einer Prorogatio zu finden sind", oder wie Bethmann-Hollweg (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 15) glaubt, durch sie „die Regel, daß der Kläger dem Beklagten in seinen Gerichtsstand folgen müsse, zuerst zu einem strengen Rechtsgrundsatze erhoben, dabei aber die ältere Freiheit in der Wahl des Gerichtes dem Beklagten ausdrücklich vorbehalten" wurde, kann bei dem Mangel genügender Quellenzeugnisse wohl nicht mit Sicherheit ermittelt werden, zumal da das Gesetz selbst dem Wortlaute nach uns nicht erhalten ist. In der l 2 § 1 cit. erwähnt Ulpian aus dem Gesetzestexte nur die Worte „quominus inter privatos conveniat", so daß es nicht Wunder nehmen kann, wenn die vielfachen Restitutionsversuche, wie aus Reatz l. c. S. 20 zu ersehen ist, nur unbefriedigende Resultate ergeben haben. Auch die Vermuthung, welche Reatz selbst a. a. O. gibt: Quominus alio loci reus ut se defendat, inter privatos conveniat, hac lege nihil rogato, ist sehr zweifelhaft, da sie einerseits die l 19 § 2 D 5, 1 zum Ausgangspunkt nimmt, die von der Verabredung eines Erfüllungsortes, also vom forum contractus, nicht aber vom forum prorogationis handelt, wie Reatz selbst S. 28 zu Note 21 bemerkt, andrerseits im Schlußsatz an die oben schon angeführte, durch Nichts erwiesene Ansicht Bethmann-Hollweg's sich anschließt. Viel näher würde es unsers Erachtens liegen, die Conjektur der l 1 D 5, 1 verglichen mit l 18 D de jur. 2, 1 zu

[1]) z. B. l 25 § 1 D de recept. 4, 8; l 13 § 18 D de act. e. et vend. 19, 1; cf. Reatz l. c. S. 6—8.

[2]) z. B. l 53 pr D de pact. 2, 14 cf. Reatz S. 5 Note 3.

[3]) Das Nähere über dieses Gesetz bei Glück l. c. S. 205 zu A. 22 u. f.

entnehmen und darnach den mutmaßlichen Wortlaut der Stelle dahin zu formuliren: Quominus alius praetor quam cujus jurisdictio sit ut jus dicat inter privatos conveniat, hac lege non prohibetur[1]). Hier lehnt sich der Wortlaut an die Stelle aus Ulpian an, in welcher er ex professo von unserm Gerichtsstande handelt und der schwer zu lösenden Controverse zwischen Glück und Bethmann-Hollweg wird in keiner Weise präjudizirt. Bei der nebensächlichen Bedeutung dieser Frage für eine Darstellung der Rechtsgrundsätze des forum prorogatum nach römischem Recht bedarf es wohl keiner Entschuldigung, wenn wir hier die historische Betrachtung[2]) der lex Julia abbrechen und uns zur Auseinandersetzung des Inhaltes dieses Gesetzes wenden, wie er uns in den kommentirenden Pandektenfragmenten erhalten ist.

I. Erfordernisse der Prorogation auf Seite der Parteien.

§ 2. 1) Subjectio und Consensus im Allgemeinen.

1) In der l 1 D 5, 1, welche wir schon oben als die Hauptstelle unserer Lehre im römischen Recht bezeichnet haben, stellt Ulpian als Voraussetzung der Prorogatio seitens der Parteien auf: Si se subjiciant jurisdictioni et consentiant.

Unter dem se subjicere ist zu verstehen der rein äußerliche Akt der Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt des Prätor, nemlich das Erscheinen vor dem Magistrat, der in der gegebenen Streitsache über den Beklagten keine Jurisdictio hat. Das se subjicere bezieht sich also seiner Natur nach eigentlich nur auf den Beklagten; von einer subjectio oder einem se subjicere unter die jurisdictio des Magistrats kann auf Seite des Klägers aus innern Gründen keine Rede sein. Der Anspruch resp. die Person des vom Kläger in Anspruch Genommenen bestimmt bekanntlich den Gerichtsstand. Nur insoferne kann man von subjectio des Klägers sprechen, als er die Entscheidung dem unzuständigen Gericht anvertraut, sich sohin seinem

---

[1]) Bezüglich des Schlußsatzes vide das „legibus prohiberi" in l 10 D 34, 9 und l 12 § 1, l 14 § 1, l 32 § 1 D 40, 9.

[2]) Vide noch Bülow-Hagemann praktische Erörterungen Band 4 Erört. 79 S. 448.

(möglicherweise abweisenden) Urteile unterwirft; von einer Zwangsgewalt aber gegen ihn als Kläger kann gewiß nicht gesprochen werden.

Folgt man nun unserer Meinung, daß das se subjicere nur auf den Beklagten geht, so kommt nach einigen Stellen auf den ersten Blick diesem Erfordernis der Porogation nur eine ziemlich illusorische Bedeutung zu; denn in ihnen scheint mit klaren Worten ausgesprochen zu sein, daß für den Beklagten das Erscheinen vor dem Magistrat auch dann Pflicht gewesen sei, wenn dieser keine Jurisdictio über ihn hatte, daß also von einem se subjicere d. h. einer freiwilligen Handlung keine Rede sein könne. Betrachtet man aber die beiden Stellen, nämlich die l 2 pr D si quis in jus voc. 2, 5 vv.: „Ex quacunque causa“ und l 5 D 5, 1 vv: „privilegia allegaturi“, so ersieht man, daß sie den Fall im Auge haben, wo der Beklagte im Allgemeinen d. h. ex ratione domicilii (cf. l 29 D ad municip. 50,1) dem vom Kläger angerufenen Prätor unterworfen ist, die causa aber im speziellen Falle die Macht des Magistrates übersteigt oder ein Privileg es dem Beklagten ermöglicht, den ordentlichen Richter abzulehnen und den Kläger zur Anbringung der Klage vor einem andern Prätor zu veranlassen.

cf. Brunnemann. Tract de Processu ex jure communi Colberg 1732 S. 55

Wetzell, System S. 427 zu Note 23

v. Planck, Lehrbuch Seite 89: „Wohl aber verlangt bereits das römische Recht, daß der von seinem ordentlichen Richter Geladene dessen obrigkeitliches Ansehen wenigstens insoweit respektire, daß er vor ihm erscheine und die Gründe der Unzuständigkeit für diesen einzelnen Fall vortrage.“

Daß diese Auslegung der Stellen die richtige sei, zeigen aufs deutlichste die l 2 § 1 D si quis in jus voc. 2, 5 vv: „ex causa a competenti judice multa pro jurisdictione judicis“, und l 2 D ne quis eum 2, 7 vv: „alio quam quo debuerat in jus vocabatur“, und „cui sit jus ibi non conveniri“, verglichen mit der l ult. D de jurisd. 2, 1 vv: „impune non paretur.“

Cf. Ricardi ordo judiciarius (Ed. Witte 1853) S. 8.

2) Nach unserer Ausführung ist es unrichtig, wenn Reatz (Seite 56) das se subjicere unserer Stelle auffaßt als „wirkliche Anerkennung des Prätors von Seite einer Partei d. h. als Erklärung des Willens einer Partei gegenüber einem Magistrat, ihre Sache von ihm (und dem von ihm gegebenen Richter) verhandeln und entscheiden zu lassen (Unterwerfungswille)."

Eine Subjectio d. h. eine Anerkennung der auctoritas praetoris liegt auch dann schon vor, wenn das Erscheinen lediglich zu dem Zwecke geschieht, um für den speziellen Fall die Jurisdictio des Prätors abzulehnen, sei es auf Grund der allegatio privilegii oder in Hinsicht auf die aestimatio causae.

Es kann aber keineswegs präsumirt werden, daß die Partei, die diesen äußerlichen Akt der Unterwerfung vollzieht, auch den Willen habe, die Sache von dem inkompetenten Richter entscheiden zu lassen.

Anders liegt der Fall in der von Reatz für seine Erklärung des se subjicere angeführten l 14 D de jurisd. 2, 1 vergl. mit l 13 § 4 D ad sctm Trebell. 36, 1. Von „Anerkennung der auctoritas" eines gleichstehenden oder im Range sogar tieferstehenden Magistrates durch Erscheinen vor ihm, ohne ihn in der Streitsache als Richter anerkennen zu wollen, kann ja keine Rede sein. Uebrigens handelt es sich hier prinzipiell darum, daß es dem vom Kläger angegangenen Prätor gegenüber dem belangten Magistrat am Imperium fehlt, ein Mangel, der nur durch freiwillige Unterwerfung oder durch principale auxilium (wie in der l 13 § 4 cit. in fine) zur Ermöglichung des Rechtsweges überhaupt gehoben werden kann. Daß diese Erwägung bei personae privatae nicht zutrifft, ist selbstverständlich, also auch daß die angezogene l 14 D de jurisd. 2, 1 die uns hier beschäftigende Frage gar nicht berührt.

3) Während Ulpian die subjectio als einen Vorgang, der jedermann sichtbar sich abspielt, nicht weiter erläutert, gibt er in l 2 D 5, 1 und l 15 D 2, 1 in Anwendung einer Ansicht Julians eine genauere Erklärung darüber, was unter dem consentire der lex Julia zu verstehen sei.

Reatz (S. 57) nimmt an, daß Ulpian in der l 2 cit. dem Worte consentire eine doppelte Bedeutung beilege: „unter

dem Consens im engern Sinn versteht er das Wissen einer Partei, daß sie einem gewissen Magistrat rechtlich nicht unterworfen sei und den Consens im weitern Sinn, worin der Wille der Partei, daß dieser Magistrat ihre Sache entscheide, zu begreifen ist."

Diese Unterscheidung muß als vollständig verfehlt erachtet werden, denn was unter dem Consense der Parteien zu verstehen sei, nämlich der Umfang der Vertragselemente, auf welche er sich beim einzelnen Contrakte erstrecken muß, damit ein giltiger Vertrag der beabsichtigten Art überhaupt vorliege, wird durch das Recht für die verschiedenen Verträge bestimmt. Consensus an sich ist nichts anderes als „Uebereinstimmung des Willens mehrerer in Bezug auf ein unter ihnen zu gründendes Rechtsverhältnis" und die rechtliche Formulirung des letztern gibt also dem Erfordernisse des Consenses erst seinen bestimmten Inhalt.

Diese allgemeinen, aus der Natur der Sache sich ergebenden Sätze müssen auch bei der Begründung des Gerichtsstandes der Prorogation Geltung haben. Die l 2 cit. gibt auch durchaus keinen Anlaß zu der von Reatz statuirten Unterscheidung; denn Ulpian sagt nur, daß der Consens, der zur Erstreckung der Gerichtsbarkeit erforderlich sei, auch das Wissen der Parteien umfassen müsse, daß sie dem angegangenen Prätor nicht unterworfen seien.

4) Gleichbedeutend mit consentire gebraucht Ulpian in der l 2 § 1 cit. den Ausdruck convenire. Mit Unrecht versteht Reatz (S. 59 u.) und mit ihm die ganze gemeinrechtliche Doktrin dieses Wort von einer Conventio der Parteien (dem Unterwerfungsvertrag.) Weil nun aber Reatz einen dem Prozesse vorausgehenden Prorogationsvertrag der streitenden Teile für das ältere Recht als unverbindlich annimmt, so sucht er diese „Nachlässigkeit" Ulpians daraus zu erklären, daß der Jurist als Interpret der lex Julia seine Ausführungen und Bemerkungen an den Wortlaut des Gesetzes vv: quominus—conveniat anschloß. Dieser Wortlaut des Gesetzes copire aber — nach Reatz — nur die faktische Regel der Verabredung, die bezüglich eines Judex getroffen wird, der vom Prätor zur Cognition gegeben werden soll.

Nun kommt das consentire in judicem in den Quellen mehrmals vor z. B. in l 57 D de re jud. 42, 1 und l 23 pr D de appell. 49, 1; in dieser Bedeutung ist es aber begrifflich total von unserm Thema verschieden; denn der judex datus besitzt nur notio, keineswegs jurisdictio, und es handelt sich hiebei nur um eine Electio aus einer Anzahl zum Richteramte zugelassenen Personen, wobei von Zuständigkeit oder Unzuständigkeit überhaupt nicht gesprochen werden kann.

Cf. Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozeß Bd. 2 S. 459 zu Note 16 u. f.

Es hätte des ziemlich bedeutenden Aufwandes von Beweismaterial, wozu Reatz (S. 63 f) sogar die thüringische Strafprozeßordnung und das Ablehnungsrecht der Geschwornen des heutigen Rechts herbeizieht, gar nicht bedurft; denn in Wahrheit liegt keinerlei Nachlässigkeit weder von Seite Ulpians, noch von Seite des julischen Gesetzes vor; vielmehr hat dieselbe Reatz erst hineininterpretirt.

Nach den Legaldefinitionen der Quellen (man vergleiche l 1 § 3 D de pact. 2, 14; l 9 § 1 D de transact. 2, 15, l 3 D de fide instr. 22, 4; cf. l 5 § 4 D de R. V. 6, 1 und l 12 D qui satisd. 2,8) heißt convenire nichts anderes als „ex diversis animi motibus in unum consentire i. e. in unam sententiam decurrere“, ist also vollständig gleichbedeutend mit consentire, so daß Ulpian wohl auch berechtigt war, diesen Wortlaut der lex Julia beizubehalten. Damit erledigt sich auch der Vorwurf der gleichen „Nachlässigkeit“, den Reatz (S. 84 sub 1) wegen der l 28 D ad municip. 50, 1 aus denselben Gründen gegen Paulus erhebt. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß kein Argument gegen unsre Ansicht aus der allgemein bekannten Thatsache entnommen werden kann, daß das Wort Conventio auch oft einen wirklichen Vertrag bedeutet: man vergleiche beispielshalber l 1 § 4 D de pact. 2, 14 und l 219 D de V. S. 50, 16.

5) Als unrichtig muß auch die Aufstellung von Reatz (S. 65 sub 2) bezeichnet werden, daß unter dem Consense nicht der der Gegenpartei, sondern der dem Magistrate gegenüber erklärte Unterwerfungswille der Parteien zu

verstehen sei. Reatz argumentirt: „der Umstand, daß nach älterem römischen Recht der Unterwerfungsvertrag die Parteien durchaus nicht verpflichtete, ihre Sache an den gewählten Magistrat zur Entscheidung zu bringen," (S. 59), nötige, da „dennoch der Consens der Parteien als Erfordernis unseres Gerichtsstandes aufgeführt wird", zur Annahme, daß er nicht die Bedeutung des der Gegenpartei erklärten Willens habe, sondern da uns eine andere Wahl nicht zusteht, nur die Bedeutung des dem Magistrate gegenüber erklärten Willens, daß er ihre Sache entscheide." Diese Deduktion hat aber zur Grundlage die oben zurückgewiesene Ansicht von Reatz, daß die Conventio unserer Stelle ein wirklicher Vertrag sei. Wir verstehen unter dem Consensus oder der Conventio eben nur den übereinstimmenden Willen der Parteien, der darauf gerichtet ist, daß der Richter in ihrer Streitsache urteile.

Hiebei kommt es aber auf eine Erklärung, sei es dem Richter oder der Gegenpartei gegenüber gar nicht an; es wird nur erfordert, daß die Parteien wissen, daß der Prätor in dem vorliegenden Rechtsstreite keine Jurisdictio habe.

6) Nach der hier vertretenen Auffassung der beiden Voraussetzungen, der Subjectio und des Consensus enthält die l 1 D 5, 1 keinerlei Pleonasmus, und bedarf es daher auch nicht der von Reatz (S. 66 sub b) vorgeschlagenen Correktur unsrer Stelle in „si se subjiciant aliqui jurisdictioni id est consentiant"; sie hat auch bis jetzt noch von keiner Seite Beifall gefunden, obgleich man zugeben muß, daß der Schreibfehler „et" aus der Abkürzung von „id est" (i. e.) leicht hätte entstehen können.

7) Wenn wir nach dem Ausgeführten die Voraussetzungen, welche die l 1 cit. auf Seite der Parteien zur Begründung des forum prorogatum aufstellt, in Kürze zusammenfassen, so erhalten wir die beiden Forderungen:

a. das se subjicere d. h. das Erscheinen der Parteien vor Gericht, die Anerkennung der auctoritas praetoris, und

b. das consentire d. h. den übereinstimmenden Willen der streitenden Teile, daß der Richter trotz seiner Unzuständigkeit den Streit erledige.

So auch z. B. Renaud Lehrbuch des gem. deutschen Civilprozeßrechtes 1873 S. 105 zu Note 17.

Wir können diesen Bedingungen auch die Fassung geben, daß der Gerichtsstand der Prorogation vorliegt, wenn die Parteien mit Wissen und Willen sich dem unzuständigen Richter unterwerfen.

So lauten auch die meisten Definitionen, vide u. A. J. J. Moser, Von der deutschen Justizverfassung S. 520 § 2. Heffter. Institutionen S. 155 zu Note 73.

Cf. Reatz, l. c. S. 2 ff.

Reatz stellt als Erfordernisse unserer l 1 cit. auf S. 67 auf:

1) Das Wissen beider Theile, daß ein gewisser Magistrat gesetzlich inkompetent sei,

2) den Willen beider Theile, daß dieser Magistrat ihre Sache entscheide,

3) die Erklärung dieses Willens vor dem Magistrat.

Damit vermengt er Subjectio und Consensus (in Nr. 2), zieht andrerseits die Voraussetzung des Consenses, die in den Quellen als Eine gedacht ist, in zwei auseinander (in Nr. 1 und 2) und fügt ohne Anhalt in dem Gesetzestexte ein drittes Erfordernis hinzu.

Freilich sucht Reatz (in § 9 S. 67 unten und S. 68) die Erklärungspflicht, die den Parteien dem unzuständigen Prätor gegenüber obliegen soll, dadurch zu mildern, daß er auch stillschweigende Erklärung, ja sogar die Möglichkeit einer verschiedenen Erklärungszeit einräumt. Abgesehen davon, daß nach seinen eigenen Beispielen die Erklärungspflicht sich vollkommen verflüchtigt und im wesentlichen nichts anderes mehr ist als „der Wille der Parteien, daß dieser Magistrat ihre Sache entscheide“, verwickelt sich Reatz mit dieser Aufstellung in kuriose Widersprüche. Wie soll man sich, um nur eines hervorzuheben, vorstellen, „daß beide Teile vor Beginn des Prozesses, vielleicht nach Abschluß eines Vertrages, gemeinschaftlich oder jeder Teil besonders eine Erklärung dieses Inhaltes dem Gerichte gegenüber abgeben?“ Da müßten ja doch die Contrahenten schon bei Schließung des Vertrages einen künftigen, ungewissen Prozeß unter ihnen über den Gegenstand des Contraktes im Auge haben und

der Richter müßte für eventuell später eintretenden Streit die Erklärung ad memoriam zu Protokoll nehmen!

Wie läßt sich endlich diese ganze Auffassung von Reatz mit der l 2 § 1 D 5, 1 vereinigen, welche sagt: si praetor ignoret consentire et putet suam jurisdictionem, ejus est jurisdictio? Wären wirklich Anstellung der Klage oder Vorbringen von Einreden gegen die materialia der Klage konkludente Fakta für die **Prorogation**, so wäre es doch undenkbar, daß der Prätor von diesem Consentire nichts wissen und sich für gesetzlich zuständig halten sollte. In Wirklichkeit aber sind sie schlüssig nur dafür, daß die Parteien die Sache vor den Prätor zur Entscheidung bringen ohne Rücksicht darauf, ob sie glauben, die Sache dort anhängig machen zu müssen oder nicht, resp. vor dem Prätor Recht geben zu müssen oder nicht.

8) Nach dem Gesagten kann von einer Erklärungspflicht der Parteien in keiner Richtung die Rede sein; die Prorogation vollzieht sich einfach dadurch, daß der Beklagte der Ladung des Klägers vor den unzuständigen Prätor folgt und beide Parteien darin übereinstimmen, dem angegangenen Magistrat trotz seiner ihnen bekannten Inkompetenz die Entscheidung ihres Prozesses anzuvertrauen.

§ 3. 2) Mangel des Consenses wegen Irrtum.

1) Nach ausdrücklicher Vorschrift der Quellen, nemlich der l 2 pr D de jud 5, 1 und der l 15 D de jurisd. 2, 1[1]) wird der zur Prorogation erforderliche Consensus ausgeschlossen durch error litigantium. Ulpian selbst, dem diese Fragmente entnommen sind, motivirt diese Bestimmung im Anschluß an Julian damit, daß der Irrtum als das direkte Gegenteil des Consenses die Prorogation hindere, die den consensus partium ja zur wesentlichen Voraussetzung hat.

2) Frühzeitig (vide die Citate bei Reatz S. 70 f) schon hat sich eine lebhafte Controverse an diese Stellen geknüpft, ob nemlich bei der Begründung des forum prorogatum entgegen den all-

[1]) Es ist durchaus nicht notwendig, in der l 15 cit. eine Textesänderung vorzunehmen und das Wort praesidem mit Cujacius (Observ. lib 1 cap 32) mit praesentem oder nach Hotomannus (Obs. lib 4 cap 9) mit praetorem zu vertauschen.



gemeinen Grundsätzen über die Berücksichtigung des Irrtums verschuldeter und unverschuldeter Irrtum gleich zu behandeln sei.

Reatz sucht noch in längerer Ausführung (namentlich S. 75) den Nachweis zu liefern, daß nach römischem Recht „gerade wegen der über die Entschuldbarkeit des Irrtums bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze“ nur der faktische Irrtum entschuldige, daß mithin auch hier der Satz „error juris nocet“ Geltung habe.

Diese Ansicht, welche Wach[1]) mit Recht eine „abwegige“ nennt, ist nach römischem Recht durchaus nicht begründet. Die Prorogation beruht wesentlich auf dem Wollen der Parteien, da nun aber der Irrende in Wahrheit keinen Willen hat (cf. l 20 D de aqua 39, 3; l 116 § 2 D de R. J. 50, 17; l 8, l 9 C de jur. et facti ign., 1, 18), so können hier die rechtlichen Folgen (der Prorogation) nicht eintreten, „weil der zur Hervorbringung dieser Folgen notwendige Wille fehlt, dieser Wille aber unzweifelhaft ebenso durch einen unentschuldbaren wie durch einen entschuldbaren Irrtum ausgeschlossen wird.

So Vangerow. Lehrbuch 7. Aufl, S. 120 sub III

Cf. Hesse in C A Bd. 57 S. 222 sub b und c und S. 252 sub I b.

Es handelt sich hier also, wie Vangerow treffend bemerkt, eigentlich gar nicht um die Wirkungen des Irrtums, sondern darum, daß der Irrtum den Willen zu prorogiren gar nicht entstehen läßt, mithin bei Vorhandensein des Error von einer Prorogation überhaupt nicht gesprochen werden kann.

Richtig u. A. Deckherr de pror. jur. LXVI S. 35.

Cramer opuscula S. 604 § 26.

3) Für die von Reatz vertretene Unterscheidung innerhalb des Irrtums im Rahmen unsrer Lehre kann als Argument nur angeführt werden die Analogie der Behandlung des Irrtums bei Verträgen. Nun bezeichnet man allerdings Litiscontestatio, Confessio und Jusjurandum als

---

[1]) Archiv für civ. Praxis (C A) Bd. 62 S. 377 zu Note 10. Darüber ist man jetzt auch völlig einig cf. Fitting. C A Bd. 63 S. 255.

„prozessuale Rechtsgeschäfte"; allein zwischen ihnen und den eigentlichen Verträgen bestehen tiefgehende Unterschiede, so daß es keineswegs angeht, Rechtssätze, die sich auf die letzteren beziehen, einfach analog auf erstere auszudehnen; ganz besonders gilt das bezüglich der hier relevirenden Frage der Willensfreiheit der Parteien. (Cf. Bethmann-Hollweg Röm. Civilprozeß Bd. 2 S. 487 Note 17).

Sohin erweist sich die Analogie für unsern Gegenstand als äußerst trügerisch, ihre Zulassung würde zu gänzlich verkehrter Auffassung des Wesens des Prozesses und der Parteipflichten führen, wofür Reatz selbst das eklatanteste Beispiel bietet, namentlich durch seine Theorie „von der öffentlichrechtlichen, gegenseitigen Obligation zwischen dem Gerichte einerseits und andrerseits der ihm nach dem Gesetze unterworfenen Person" (§ 7), sowie durch die Folgerung hieraus in § 10 S. 78.

4) Gegen Reatz spricht aber neben dem schon erwähnten inneren Grunde, nach welchem bei der Prorogation keinerlei verschiedene Behandlung des schuldhaften und schuldlosen Irrtums zu rechtfertigen ist, auch der Umstand, daß in den Gesetzesstellen selbst kein Unterschied zwischen faktischem und rechtlichem Irrtum gemacht ist.

Reatz räumt selbst ein (S. 75), daß in der l 2 pr D 5, 1 cit. „die Worte: ceterum si putent ejus jurisdictionem esse an sich betrachtet sowohl vom Rechtsirrthum wie vom faktischen Irrtum verstanden werden könnten." Wegen der allgemeinen Grundsätze aber, welche die rechtliche Erheblichkeit des Irrtums bestimmen, interpretirt er diesen Satz restriktiv dahin, daß Ulpian bei dem putare nicht an ein durch Rechtsirrtum veranlaßtes putare habe denken können und deßhalb die Stelle nur vom faktischen Irrtum verstanden werden dürfte. Ist aber der Irrtum einer Partei noch so sehr verschuldet und hat sie dabei die einfachsten Rechtssätze des Prozeßrechtes „imperitia" außer Acht gelassen, so ist dennoch, wie oben gezeigt, die Annahme einer erfolgten Prorogation bei vorhandenem Irrtum einer Partei bezüglich der Competenz mit dem Wesen der Begründung dieses Gerichtsstandes unvereinbar. Damit ist aber erwiesen, daß eben diese allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht in dem Grade allgemein sind, daß sie auch auf dem Gebiete des Pro-

zesses und namentlich in unsrer Lehre Beachtung beanspruchen könnten. Der Werth, welchen allgemeine Rechtsgrundsätze als Argumentationsmittel besitzen, erhält übrigens auch eine zutreffende Beleuchtung durch die Thatsache, daß Wach (C A Bd. 62 S. 377) gerade aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgert, daß in unsrer Frage „faktischer und rechtlicher, verschuldeter und unverschuldeter Irrtum völlig gleichbedeutend sind."

5) In der Doktrin des gemeinen Prozesses haben neben Vertretern der von uns verfochtenen und, wie wir glauben, nach römischem Recht allein zu rechtfertigenden Anschauung[1]) von jeher auch namhafte Prozeßschriftsteller (vergl. u. A. Gensler Commentar § 58 S. 95) der Ansicht gehuldigt, welche Reatz jüngst noch zu vertheidigen gesucht. Das hat vor allem seinen Grund darin, daß der Akt der Prorogation i. e. der Consens der Parteien vielfach als Prorogationsvertrag aufgefaßt und auch so behandelt wurde, wozu noch eine veränderte Anschauung über das Wesen der Gerichtsbarkeit mitgewirkt hat. Das Nähere über diesen Punkt gehört in die Darstellung der deutschrechtlichen Patrimonialgerichtsbarkeit, worüber zu vergleichen u. A.

Leyser Medit. Spec. 29 V S. 298 f.
Strubens Nebenstunden 5. Teil n. 32 § 13 S. 30,
Glück l. c. S. 254 ff.

6) Fragen wir nun, in welcher Hinsicht an einen Irrtum der Parteien bei der Vereinbarung des Gerichtsstandes gedacht werden könne, so gibt uns hierauf das Erfordernis des Consenses vollständig Antwort. Ulpian sagt in der l 2 pr D 5, 1: „Consensisse videntur qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni et in eum consentiant." Damit gibt er zugleich an, daß von einem Irrtum der streitenden Teile in zweifacher Beziehung die Rede sein kann. Es können nemlich die Parteien den angegangenen Prätor für zuständig in ihrer Streitsache halten, während dieselbe in Wirklichkeit vor einen

---

[1]) vide z. B. Deckherr cap. XXVI S. 12 i f.
Hiltrop S. 55 sub. 8 u. 9.
Glück S. 220 zu Note 81.
Thibaut Pandekten 2. Aufl. Bd. 3 S. 31 zu Note s.
cf. Seuffert Archiv Band 7 N. 242.

andern Magistrat gehört, ohne sich in seiner Amtsbefugnis zu irren z. B. indem sie wohl wissen, daß der vor ihnen stehende Prätor der praetor fideicommissarius ist.

Die zweite Möglichkeit aber ist, daß sie zwar wissen, vor welchen Prätor der Prozeß gehört, welcher Beamte also rechtlich zuständig ist, den angegangenen Prätor aber fälschlich für diejenige Magistratsperson halten, welcher sie nach dem ihnen bekannten Recht ihre Streitsache anvertrauen müssen, z. B. sie gerathen aus Unkenntnis der Person oder des Tribunals vor den praetor peregrinus während sie den praetor urbanus anzugehen hätten und auch angehen wollen (Reatz S. 74 unten).

7) Zu allem Überflusse führt Ulpian nach dem vorhin citirten Satze der l 2 pr D 5, 1, die Fälle des Irrtums selbst an, indem er dem an sich inkompetenten Prätor trotz der subjectio der Parteien die jurisdictio abspricht: „si putent ejus esse jurisdictionem“ und „si putaverunt alium esse praetorem pro alio.“ Es bedarf eigentlich nicht der Erwähnung, daß außer den Beispielen, welche Ulpian ausführt, bezüglich des Richters ein anderer Fall des Irrtums gar nicht zu denken ist, welcher den Consensus in judicem aufhebt.

Die Behauptung von Reatz, daß die Worte: aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, nur eine Art des faktischen Irrtums enthalten, läßt sich nicht festhalten. Mag man immerhin die Beispiele, welche Reatz für diese seine Meinung beibringt (die Nichtkenntnis der örtlichen Grenzen eines Gerichtssprengels und die Nichtkenntnis derjenigen Thatsachen, an deren Existenz das Gesetz den Gerichtsstand geknüpft hat cf. S. 75), als Fälle des faktischen Irrtums gelten lassen, so gehören sie doch offenbar unter die Rubrik der fälschlichen Annahme der Jurisdictio des angegangenen Richters. Daraus ist aber nicht mit Reatz zu folgern, daß unter den Worten „ceterum si putent“ nur faktischer Irrtum von Ulpian verstanden worden; vielmehr umfassen diese Worte jeden nur irgendwie denkbaren Irrtum, welcher die Parteien veranlaßt, den nach dem Gesetze unzuständigen Richter für zuständig zu halten. Das kann ebensowohl geschehen bezüglich der örtlichen Competenz z. B. wenn Kläger sich im Wohnort des Beklagten irrt, als bezüglich der sachlichen Competenz; es kann ebensogut ein Irrtum sein in Bezug auf Thatsachen, als in

Bezug auf Rechtssätze z. B. wenn der Kläger den Erfüllungsort der vertragsmäßigen Leistung als maßgebend ansieht, während nach dem Gesetze der Ort des Vertragsschlusses den Gerichtsstand bestimmt.

Zudem wird man wohl sich dahin neigen müssen, in den beiden Beispielen, welche Reatz für den faktischen Irrtum bringt, das Gegenteil, nemlich Rechtsirrtum anzunehmen, und somit ist seine Behauptung, daß das Wort „imperitia" unsrer Stelle nur den faktischen Irrthum bezeichne, nicht minder unerwiesen, als die Behauptung der Glosse, daß es nur vom Rechtsirrtum zu verstehen sei (cf. Reatz S. 16 vor § 10).

8) Der Inhalt unsrer Stelle ergibt vielmehr, daß sie keinerlei Unterscheidung trifft zwischen Rechtsirrtum und faktischem Irrtum. Sie hebt nur die zwei Hauptrichtungen hervor, in welchen einzig und allein bei der Prorogation ein Irrtum möglich ist, nemlich der Irrtum bezüglich der Person des Richters[1]) d. h. bezüglich der Identität des von den Parteien wirklich angegangenen Magistrates mit dem Prätor, welchem sie die Erledigung ihres Rechtsstreites wirklich anvertrauen wollen, und bezüglich der Amtsbefugnisse des von ihnen mit Wissen und Willen angegangenen Richters d. h. bezüglich seiner Competenz.

Es braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß diese beiden Richtungen des Irrtums in einem konkreten Falle bei einer Partei oder auch bei beiden zusammentreffen können, daß mit andern Worten die Parteien nicht nur den Richter fälschlich für kompetent halten, sondern diese irrige Annahme der Kompetenz sich auch noch mit einer Verwechselung der Person des Richters verbindet z. B. die Parteien glauben irrig, der Rechtsstreit gehöre vor den praetor fideicommissarius, geraten aber dazu aus Irrtum vor den procurator Caesaris.

Daß Ulpian diesen Fall nicht anzuführen brauchte, ist klar wenn man bedenkt, daß das: error non habet consensum hier nur in erhöhtem Grade zutrifft.

---

[1]) Nicht hieher gehört l 80 D 5, 1, da sie vom judex addictus handelt.

§ 4. 3) Mangel des Consenses aus anderen Gründen.

1) Der zur Constituirung unseres Gerichtsstandes wesentliche consensus partium wird, der Natur der Sache entsprechend, nicht nur ausgeschlossen in dem von den Quellen ausführlich behandelten Falle des Irrtums einer Partei hinsichtlich des Richters; vielmehr müssen hier alle die Umstände Berücksichtigung finden, welche das Recht abgesehen vom Irrtum als Hindernisse für die Entstehung eines rechtsgiltigen Consenses aufgestellt hat.

Hieher gehört vor Allem der von Ulpian in der l 2 pr i. f. D 5, 1 erwähnte Fall des Zwanges, welchen der Prätor gegen eine widerstrebende Partei ausübt: „Si cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla jurisdictio est.“ Diese Bestimmung verfolgt offenbar den Zweck, jeden Versuch eines Magistrates zu vereiteln, durch Mißbrauch seiner auctoritas oder gar seiner obrigkeitlichen Zwangsmittel eine Partei zum Erscheinen vor seinem Tribunal zu zwingen, welche in dem konkreten Streitfalle seiner Jurisdictio nicht unterliegt, m. a. W. sie zu veranlassen, dem Scheine nach den Akt des se subjicere zu vollziehen und sich dann aus Furcht vor der eben gefühlten Macht des Magistrates auf die Klage einzulassen.

Ulpian hat in der l 2 pr cit. den Zwang des Prätors zwar an den Irrtum der Parteien angereiht, welcher die wesentliche Bedingung der Prorogation, den Consens, nicht zur Entstehung gelangen lasse. So hat es den Anschein, als ob auch der Zwang, die vires praeturae, sich auf den consensus partium beziehe, eine Auffassung, welche, soviel wir sehen, fast von allen Schriftstellern geteilt wird. Vide z. B. Hiltrop l. c. S. 55 sub 8. Bayer l. c. S. 234 sub 1.

Allein dem Gesagten zufolge, nach dem Motive der Bestimmung sowie nach der Natur der Sache ist bei einem Zwange von Seite des Magistrates viel eher an den Fall zu denken, daß der Prätor die Partei nöthigt, vor seinem Richterstuhle zu erscheinen d. h. das „compellere“ betrifft viel mehr das Erfordernis des se subjicere und die erfolgte subjectio wirkt nur als Motiv für die Partei fort, auch (äußerlich) den Prätor als Richter anzuerkennen d. h. in ihn zu consentiren. Da nemlich nach unsrer Auffassung der Consensus partium in dem Willen beruht, daß der angegangene Richter troß seiner Unzuständigkeit

die Streitsache erledige, so ist klar, daß sich dieser Wille nicht erzwingen läßt, zumal er auf keinerlei Weise erklärt zu werden braucht.

Der äußerliche Akt der subjectio dagegen ist wohl geeignet, auch gegen den Willen der Partei der äußeren Erscheinung nach ebenso zu Stande zu kommen, als hätte ihn die Partei freiwillig vollzogen. Wenn somit Ulpian auch den Fall der compulsio viribus praeturae ganz enge mit dem gleichstellenden „aut“ an den Fall angeschlossen hat, in welchem der Irrtum d. h. der Mangel des Consenses das Entstehen der Jurisdictio verhindert, so nötigt das noch nicht zu der Schlußfolgerung, daß auch der Zwang als Ausschließungsgrund des Consenses betrachtet werden müsse; denn die Stelle sagt nur: „nulla jurisdictio est“ d. h. wie in dem Falle des Irrtums, so hat auch im Falle des Zwanges der zwingende Magistrat keine Gerichtsbarkeit durch Prorogation erhalten, ist also, da er gesetzlich unzuständig ist, auch unzuständig geblieben.

Nach unsrer Auffassung will Ulpian die Voraussetzung der subjectio d. h. des freiwilligen Erscheinens der Parteien (genauer des Beklagten) vor dem unzuständigen Richter nachdrücklichst dadurch illustriren, daß er den Gedanken zurückweist, es genüge ein Erscheinen der Parteien vor dem Prätor, ohne Rücksicht darauf, wodurch sie zu dieser Handlung veranlaßt wurden, und namentlich betont, daß der Magistrat selbst keinesfalls seine obrigkeitliche Stellung in dem Grade zu Gunsten einer Partei (des Klägers) mißbrauchen dürfe, um den Beklagten zu zwingen, der Ladung vor den unzuständigen Richter Folge zu leisten.

2) Aus dem Gesagten ergibt sich weiterhin der wichtige Grundsatz, daß nach römischem Recht an eine Prorogation im Falle des Nichterscheinens des Beklagten gar nicht zu denken ist, indem es hier offenbar schon an der wesentlichen Voraussetzung der freiwilligen subjectio (des se subjicere) fehlt.

Dieser Punkt ist bekanntlich für das Reichsrecht außerordentlich bestritten, man vergleiche die Commentare zur deutschen Civilprozeßordnung § 39 und namentlich Wach Handbuch S. 501 Note 29.

3) Lediglich der Vollständigkeit halber sei hier hervorgehoben, daß nur diejenigen das Forum prorogiren können, welche in giltiger Weise die Bedingungen der Entstehung des Gerichtsstandes der Vereinbarung zu setzen vermögen, d. h. nur diejenigen, welche überhaupt fähig sind, durch Consens eine Rechtswirkung für einen Prozeß herbeizuführen. In den Stellen des römischen Rechts, welche unsern Gerichtsstand behandeln, ist diese Forderung, die das Recht naturgemäß an alle Prozeßhandlungen einer Partei stellen muß, einfach dadurch ausgedrückt, daß vom „consensus partium", wie in der l 1 D 5, 1 oder von „conventio litigatorum", wie in l 2 pr. eodem die Rede ist.

Darnach erscheinen alle auch von der Prorogation des Gerichtsstandes ausgeschlossen, welche die Rolle einer Partei im Prozesse nicht übernehmen können. Da nun die Voraussetzungen, unter welchen eine Person als Partei (resp. als Parteivertreter) im Rechtsstreite auftreten kann, zu den allgemeinen Lehren des Prozeßrechtes gehören, so ist es hier nicht unsre Aufgabe, sie ex professo zu behandeln.

§ 5. 4) Gibt es nach römischem Recht einen Prorogationsvertrag?

1) Aus den bisherigen Ausführungen, namentlich aus dem Gedanken, daß der Prorogationsakt ein constituirender Willensakt sei[1]) und daß jeglicher Mangel des Consenses der Parteien die Prorogation ausschließe, ergibt sich die Beantwortung der gestellten Frage durch folgende Erwägung.

Der Consens der Parteien muß vorhanden sein zur Zeit des Prorogationsaktes; denn dieser ist wesentlich bedingt durch das Vorliegen der ihn schaffenden Willensthätigkeit der Parteien; letztere besteht aber wie oben auseinander gesetzt wurde, in der freiwilligen Subjectio und in dem Consensus in judicem. Deßhalb ist keine Prorogation denkbar, wenn die streitenden Teile sich nicht freiwillig unterwerfen und nicht dem Richter trotz seiner Unzuständigkeit die Entscheidung ihrer Streitsache anvertrauen. Haben also die Parteien vor Beginn des Pro-

[1]) Cf. Wach C A Bd. 62 S. 376 und v. Amsberg C A Bd. 65 S. 89 sub 1.

zesses wirklich eine Vereinbarung in Bezug auf den Gerichtsstand getroffen in dem Sinne, daß sie die Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis vertragsmäßig vor einem bestimmten, gesetzlich unzuständigen Richter zum Austrage bringen zu wollen erklären, so hat dieser Vertrag für die Begründung der Zuständigkeit keinerlei Bedeutung. Nur Prozeßhandlungen der Parteien, Handlungen vor dem Richter, hat das Recht die Wirkung einer Änderung der gesetzlichen Competenzordnung eingeräumt. Ein solcher dem Prozeß voraufgehender Vertrag mag für die Partei ein Motiv sein, durch freiwilliges Handeln die gesetzlichen Voraussetzungen des forum prorogatum zu schaffen: sie will von dem einmal gegebenen, wenn auch unverbindlichen Worte nicht abgehen oder das gewählte Gericht erscheint aus äußeren Gründen (z. B. Entfernung) vorteilhafter für sie als das gesetzlich zuständige Gericht. So kann die Vereinbarung auf das eigene Interesse der Parteien abzielen. Es kann aber auch für den Fall des Abgehens von dem Vertrage der Partei die Verwirkung einer festgesetzten Conventionalstrafe drohen, also das Incommodum der Angehung des unzuständigen Richters überwogen werden durch das Commodum des Nichtschuldigwerdens dieser Geldsumme cf. Wetzell System S. 429 zu Note 30.

Dessenungeachtet schafft aber auch in dem Falle, wenn der Beklagte wegen des Vertrages prorogirt, nicht der Vertrag den Gerichtsstand der Prorogation. Sein Dasein ist vielmehr für den Richter bezüglich der Frage seines Zuständigwerdens durch Prorogation vollkommen gleichgiltig. Er hat sich nur an das Verhalten der Parteien vor seinem Richterstuhl zu halten: sind diese trotz der ihnen bekannten Unzuständigkeit freiwillig vor ihm erschienen („si se subjiciant“) und haben sie ihm die Entscheidung ihres Streites übertragen („si consentiant“), so ist er dadurch zuständig geworden. Seine Aufgabe ist es nicht, zu prüfen, wodurch die Parteien veranlaßt wurden, so zu handeln, ob in Hinsicht auf einen vorher geschlossenen Vertrag irgend welcher Art oder ohne daß eine Verabredung rücksichtlich des Gerichtsstandes vorgelegen hat. Ein Unterwerfungsvertrag außerhalb des Prozesses ist daher für die Prorogatio fori wirkungslos. Er ist also auch für die Parteien nicht in

Weise bindend, daß sie gezwungen werden könnten, auf
der Vereinbarung die den Gerichtsstand prorogirenden
n vorzunehmen. Der Idee des „gewillkürten" Fo-
ja doch nichts in höherem Grade widersprechen, als
es zu begründen. Man vergleiche nur das „viri-
compulsus, cum restitisset" der l 2 pr D
em Schlußwort: „nulla jurisdictio est."
er Ausführung ist natürlich nicht gesagt, daß
undenkbar oder unstatthaft sei. Die Quel-
r ausdrücklich in der berühmten l 18 D
, eine Stelle, die freilich von Vielen (z. B.
) mit Unrecht zu einer „berüchtigten" be-

üglich des Gerichtsstandes mag für die
später Streitigkeiten in manchen
sein: sei es daß das forum den Parteien
elhaft ist oder daß eine Mehrheit von Streitsachen
auch mehrere Prozesse erfordern würde, weil ihre Verbindung die jurisdictio eines Magistrates übersteigt, wo es sich also nicht wie in der l 11 D 2, 1 um bloße coacervatio quantitatum handelt. Den Weg der Vereinbarung werden die Parteien namentlich dann betreten, wenn sie sich gegenseitig das Vertrauen schenken können, daß der künftige Kläger die Klage nur bei dem bestimmten Gerichte anbringen und der Beklagte sich ohne Widerspruch auch dort einlassen werde. Allein wenn eine Partei in dem kritischen Momente, wo der andere Contrahent die Erfüllung des Versprechens erwartet, diese Hoffnung enttäuscht, wenn also der Kläger entgegen der Verabredung die Klage bei dem gesetzlich zuständigen Gerichte anhängig macht, oder der Beklagte den im Vertrag bestimmten Richter sei es durch Nichterscheinen oder Vorschützen der Einrede der Unzuständigkeit ablehnt, so entsteht daraus für den getäuschten Teil kein Anspruch auf Erzwingung des Inhaltes der Verabredung d. h. auf gesetzlich zu fingirende Prorogation.

Cf. Brackenhöft, Erörterungen S. 265 zu Note 4.

Die l 18 cit. sagt ausdrücklich: si priusquam adiretur praetor, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.

Die Partei hat vielmehr Anspruch nur darauf, daß der Contravenient ihr für den erwachsenen Schaden aufkomme oder zur Bezahlung der für den Fall der Contravention festgesetzten Conventionalstrafe verurteilt werde; hier spielt denn die Art des Abschlusses des Vertrages in Bezug auf seine Klagbarkeit eine entscheidende Rolle.

Cf. Hiltrop l. c. S. 58 nu 25

Vinnius l. c. S. 880.

Mit dieser Entschädigungsklage hat sich aber der durch die conventio bezeichnete Richter gar nicht zu befassen, sie ist vielmehr beim ordentlichen Gericht derjenigen Partei anzubringen, deren Verhalten zu ihrer Erhebung Anlaß gibt.

3) Die vorstehenden Sätze, welche sich unmittelbar aus dem Grundprinzipe der römischen Prorogation ergeben, sind auch in der citirten l 18 mit aller wünschenswerten Bestimmtheit ausgesprochen. Ja es erscheint ihrem klaren Wortlaute[1]) gegenüber geradezu unmöglich, gegen sie die Verbindlichkeit des Unterwerfungsvertrages nach römischem Recht zu behaupten, indem man sagt, die Stelle müsse von dem Rücktritte beider im Einverständnis handelnder Parteien von dem früher geschlossenen Prorogationsvertrage verstanden werden.

Nun ist es schon sehr unwahrscheinlich, daß Africanus in der citirten Stelle nur den gewiß unbezweifelten und keiner Erwähnung bedürfenden Satz aufstellen wollte, daß die Conventio bezüglich der Prorogation jedenfalls nicht von dem allgemeinen Schicksal aller Verträge ausgeschlossen sei, wonach auch sie durch contrarius consensus der Parteien aufgelöst wird.

Sodann ist auch nicht abzusehen, wie in dem Falle eines aus übereinstimmender Willensänderung erfolgten Rücktritts der Parteien vom Vertrage der Richter in die Lage kommen könnte: compellere partes conventioni stare.

---

[1]) Auf Grund unserer Stelle vertreten die hier gegebene Anschauung u. A.: Hiltrop, l. c. S. 58 sub. 25.

Felician de Oliva l c. S. 108 sub. 41

Struvii Syntagma Exerc. 4 Thes 59 S. 145

Francke, Der gemeine deutsche und schleswig-holsteinsche Prozeß S. 126 nach A 4 ff,

Linde, Lehrbuch § 101 S. 131 Note 18,

Wach, CA Bd. 62 S. 385 ff zu Note 33.

Es müßte ja doch auch für ihn der neuere Vertrag bindend sein, da die Parteien obstante nova conventione sich doch nicht gegenseitig zwingen können, den älteren Vertrag zu halten: oder sollte etwa der Richter aus der früheren Conventio ein jus quaesitum haben, dem die Parteien sich gegen seinen Willen nicht entziehen können? Es kommt ja doch auch zu bedenken, daß der Richter meistens von dem älteren Vertrage gar nichts erfährt und zwar immmer gerade in dem Falle, wo die Parteien dem neuen Vertrage entsprechend handeln und den Streit gar nicht vor ihn bringen.

Schon die Wendung: nemo compelletur zeigt, daß die Bestimmung auf jede der beiden Parteien Bezug habe, daß keine gezwungen werden könne, auf Verlangen der andern den Vertrag zu halten, und daß die Absicht Afrikan's nicht dahin ging, die Parteien in ihrer Stellung dem Richter gegenüber als ungebunden durch eine Beredung der Prorogation vor dem Prozesse darzustellen.

Das Hauptargument für unsre Auffassung der Stelle liegt aber in der Einschränkung des Reurechts, welche sie bezüglich des Unterwerfungsvertrages normirt. Afrikanus sagt, daß von einem Zwange, bei der conventio zu bleiben, nicht die Rede sein könne „priusquam adiretur praetor". Damit gibt er zu verstehen, daß post aditionem judicis ein Rücktrittsrecht nicht zu statuiren sei. Es ist nun vollständig zweifellos, daß auch nach diesem Zeitpunkte den Parteien jeder Zeit es freisteht, die Thätigkeit des angegangenen judex in ihrem Prozesse dadurch zu beenden, daß der Kläger im Einverständnis mit dem Beklagten die Klage zurückzieht. Sohin kann der Richter in keinem Stadium des Rechtsstreites die Parteien zwingen, den Prozeß vor seinem Tribunal auch zu Ende zu führen; m. a. W. es kann keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß in der geschilderten Weise die stattgehabte Vereinbarung durch Zusammenwirken der Parteien auch nach der aditio praetoris gegen dessen Willen aufgehoben werden kann.

Hieraus folgt aber mit zwingender Notwendigkeit, daß Afrikanus in unsrer Stelle nur vom einseitigen Rücktritt vom Vertrage handeln konnte.

wenn man sich nicht zur Annahme genötigt sehen will, die Worte „priusquam adiretur praetor“ als gänzlich überflüssig, ja sogar als sinnstörend zu bezeichnen.

4) Selbst Reatz, der in seinen Ausführungen die Contraktsnatur des Prozesses nur zu sehr betont, sieht sich genötigt, der l 18 cit. gegenüber den Prorogationsvertrag (freilich nur für das ältere römische Recht) für unverbindlich zu erklären. Seltsamer Weise (jedoch in vollständiger Harmonie mit seiner Vorstellung von einer öffentlich-rechtlichen Obligation zwischen Gericht und Gerichtsuntergebenen) entnimmt er die Gründe für diese richtige Ansicht nicht dem Wesen der Prorogation, wie es in l 1 und l 2 D 5, 1 von Ulpian ex professo ausgesprochen ist, sondern er vermengt in seiner Deduktion Lehren des Vertrages mit Lehren des Prozesses in sonderbarer Gleichstellung. Seine Beweisführung (S. 104) lautet: „Wenn gleich mit der aditio des Richters die gesetzliche Competenz der konkurrirenden Gerichte erlischt, so steht es doch den Parteien frei, auch nach der aditio einen neuen Unterwerfungsvertrag zu schließen und einen neuen Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung zu begründen, so daß ein ehemals gesetzlich kompetentes Gericht Gerichtsstand (?) der freiwilligen Unterwerfung werden kann. Ist dies aber möglich (und was sollte ihm im Wege stehen?), dann sind die Parteien nicht genötigt, ihrem ersten Unterwerfungsvertrag nachzuleben und den Rechtsstreit beim einmal angegangenen Richter fortzusetzen. Da aber l 18 eine Willensänderung vor der aditio für zulässig erklärt, nach der aditio für unzulässig erklärt, so sind wir auf die Annahme, unsere Stelle verstehe unter dem Ausdruck „mutata voluntas“ eine einseitige Willensänderung, angewiesen. So lange aber eine Partei ihren Willen einseitig zu ändern befugt ist, so lange liegt kein giltiger Vertrag vor.“

Betrachten wir nun diese Argumentation näher, so ergeben sich gegen dieselbe folgende Einwürfe.

Zunächst ist nicht einzusehen, wie mit der aditio des unzuständigen Richters die Competenz des gesetzlich zuständigen Gerichts in der Weise erlöschen sollte, daß ein neuer Unterwerfungsvertrag nötig wäre, um es zuständig zu machen, wenn die Parteien den unzuständigen Richter verlassen d. h. der Kläger mit Zustimmung des Beklagten seine Klage dort zurücknimmt.

Die gesetzliche Competenz eines Gerichts bezüglich einer bestimmten Streitsache hängt, wie schon das Wort gesetzlich sagt, in keiner Weise von dem Willen der Parteien ab; sie kann also auch demselben durch die Parteien im Wege der Vereinbarung eines gesetzlich unzuständigen Gerichtes nicht entzogen werden. Bei jeder Prorogation stehen sich vielmehr zwei zuständige Gerichte gegenüber: das gesetzlich zuständige Gericht (oder eine Mehrheit von konkurrirenden Gerichten, unter denen der Kläger die Wahl hat) und das durch Prorogatio zuständige Gericht.[1]) Von einem Erlöschen der Zuständigkeit des gesetzlich kompetenten Gerichts kann gar keine Rede sein; es handelt sich in Wirklichkeit um Ausübung der Zuständigkeit. Das Recht räumt dem Willen der Parteien bezüglich der Wahl des Forums den Vorzug ein vor dem gesetzlich präsumirten Interesse der Streitenden, welches bei der Aufstellung der staatlichen Kompetenzordnung die Grundlage bildet. Haben daher die Parteien ein unzuständiges Gericht vereinbart, so kann das gesetzlich zuständige Gericht seine Zuständigkeit nicht praktisch verwerten, solange das prorogirte Gericht in der Sache handelt.

Es bleibt aber trotzdem das gesetzlich zuständige Gericht; wenn das vereinbarte Gericht aus irgend einem Grunde wegfällt, so hat der Kläger das Recht, ohne Rücksicht auf den Willen des Beklagten die Klage beim gesetzlich kompetenten Richter anhängig zu machen; es bedarf hiezu keines neuen Unterwerfungsvertrages.

Der Beklagte kann wohl der Zurücknahme der Klage durch den Kläger von einem bestimmten Zeitpunkt im Prozeß an wirksam widersprechen; er kann den Kläger mit dem Satze der l 30 D 5, 1: „Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet“ beim gewillkürten Forum festhalten.

Sobald er aber seine Zustimmung zur Zurücknahme der

---

[1]) Viele rechnen auch den Gerichtsstand der Vereinbarung zu den gesetzlichen Gerichtsständen. Das Richtige dürfte sein, ihn als gewillkürten, aber gesetzlich anerkannten zu bezeichnen. So z. B.:
Obrecht, Tr. feud. lib 4 cap XI
Ziegler, Dicastice Concl. XI § 7 i. f.
Cramer, Opuscula l. c. § 8
Francke, l. c. S. 128 zu Note 7.

Klage erteilt, ist er dem gesetzlich zuständigen Gericht unterworfen. Das gilt nach römischem Recht selbst dann, wenn er dem Kläger gegenüber als Bedingung für seine Einwilligung in die Zurücknahme der Klage das Anhängigmachen des Prozesses bei einem andern, auch gesetzlich unzuständigen Gericht gesetzt hat; denn einerseits kann die Zurücknahme dem Gerichte gegenüber nur unbedingt geschehen und andrerseits braucht der Kläger diesem Vertrage nicht nachzuleben.

Von einer Prorogation aber an das an sich zuständige Gericht, wie Reatz meint, kann keine Rede sein; denn wie könnte bei einem gesetzlich kompetenten Richter von den Parteien gesagt werden: „si sciant se non esse subjectos jurisdictioni?!" Wenn ferner Reatz sagt, die l 18 cit. erkläre eine Willensänderung vor der Aditio für zulässig, nach der Aditio für unzulässig, so ist diese Ausdrucksweise zum mindesten inkorrekt; denn keinerlei Gesetzesbestimmung kann den Contrahenten bei irgend einem Vertrage verbieten, ihren Willen zu ändern. Wohl aber hat das Recht die Normen dafür aufzustellen, inwieweit der eine Contrahent seinen geänderten Willen dem andern Contrahenten gegenüber durchzusetzen vermöge. Die l 18 cit. erklärt auch keineswegs die mutatio voluntatis für zulässig oder unzulässig, sondern bestimmt nur die Wirkung der jedenfalls zulässigen Willensänderung verschieden nach dem Zeitpunkte, in welchem sie eintritt resp. geltend gemacht wird.

Reatz bringt aber außer der angeführten Deduktion auch noch einen staatsrechtlichen Grund für die Ungiltigkeit des Unterwerfungsvertrages nach älterem römischen Recht. Unter Bezugnahme auf l 71 § 2 D de condit. 35, 1 spricht er Verträgen (oder testamentarischen Bestimmungen), welche eine Beschränkung der staatsbürgerlichen Freiheit enthalten, die Giltigkeit ab. Da er nun in der freiwilligen Unterwerfung der Partei unter einen inkompetenten Magistrat die Begründung eines Unterthanenverhältnisses erblickt, erklärt er auch den Unterwerfungsvertrag als unvereinbar mit dem Gedanken der staatsbürgerlichen Freiheit, ja er sagt sogar (S. 106): „Das Vermögensinteresse, welches der zukünftige Kläger an der Existenz des Unterwerfungsvertrages hat, muß nach älterem römischen Recht dem Interesse des Staates weichen."

Dieser Argumentation gegenüber ist zu bemerken:

Der Satz: „jus publicum pactis privatorum mutari nequit“, [1]) ist wohl unbezweifelt, aber die Frage ist hier, ob er bezüglich der Giltigkeit des Unterwerfungsvertrages in Anwendung kommt, und diese Frage ist zu verneinen. Dazu handelt die von Reatz benutzte l 71 § 2 cit. gar nicht von einer Beschränkung der staatsbürgerlichen Freiheit, sondern von einer unerträglich erscheinenden Beschränkung der persönlichen Freiheit (retentio certo loco).

Sodann kann man in unsrer Lehre vom Standpunkte des römischen Rechts aus, das nur eine Quelle des Rechts und der Gerichtsbarkeit, nämlich den Kaiser kennt, von einer Verletzung des Interesses des Staates durch einen Unterwerfungsvertrag gar nicht sprechen. Denn in den Fällen, in welchen wirklich staatliche Interessen in Frage kommen, ist nicht nur eine vorhergehende Verabredung des Gerichtsstandes ungiltig, sondern überhaupt jede Prorogation; denn das Interesse des Staates weicht auch dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht. Das römische Recht erkannte aber in Civilsachen keinerlei Ueberwiegen des öffentlichen Interesses an. Es sind eben deutschrechtliche Gesichtspunkte, namentlich die lehensrechtliche Auffassung der Jurisdiktion, welche Reatz hier zur Erklärung römischer Rechtssätze verwendet hat. Total unrichtig aber ist es, daß das Vermögensinteresse des Klägers an dem Vertrage unberücksichtigt bleibt; denn wie oben (S. 21) bemerkt, ist das „nemo compelletur ejusmodi conventioni stare“ der l 18 D 2, 1 nicht in dem Sinne zu nehmen, daß eine vor dem Prozeß geschlossene Vereinbarung des Forums überhaupt keine rechtliche Wirku g äußern könne, sondern sie sind nur so zu verstehen, daß sie unwirksam sei in Beziehung auf den primären Inhalt der Leistung, nämlich die Prorogation.

Man sieht demnach, daß gerade die Hauptpunkte der staatsrechtlichen Begründung unsres Satzes, wie sie Reatz gibt, nicht zutreffen. Dazu kommt noch, daß politische Gründe bei der Fluktuation der politischen Anschauungen auf dem Gebiete des Rechts immer nur einen sehr zweifelhaften Wert

---

Cf. l 45 § 1 D de R. J. 50, 17 und hiezu Bülow C A Bd. 64 S. 69.

für die Erklärung eines Rechtssatzes beanspruchen können. — Es müssen vielmehr die einzelnen Rechtssätze eines Rechtsinstituts aus dem Wesen desselben erklärt werden, d. h. aus dem Rechtsgedanken, der in ihm seinen konkreten Ausdruck gefunden hat. Diese Erwägungen haben uns zu dem Resultate geführt, jeder Partei ein Reurecht einzuräumen, „priusquam praetor adiretur“.

Wenn nun dennoch viele Schriftsteller für die Giltigkeit des Unterwerfungsvertrages eingetreten sind (man vergleiche die Citate bei Reatz § 8 S. 93), so hat das seinen Grund in dem Bestreben, den Wortlaut der besprochenen l 18 durch eine gezwungene Erklärung[1]) in Einklang zu bringen mit zwei Constitutionen Iustinians, nämlich mit l 29 C 2, 3 und l 51 C 1, 3 vom Jahre 531, in welchen man die Giltigkeit (d. h. Realisirbarkeit) einer vorhergehenden Vereinbarung des Gerichtsstandes ausgesprochen fand. Daß aber auch diese Gesetze an dem Prinzipe des Forum prorogatum nichts geändert haben, soll später gezeigt werden. Der innere Grund aber dieser unrömischen Anschauung ist in der gänzlich veränderten Auffassung des Wesens der Gerichtsbarkeit zu suchen, die auch in anderen Fragen unseres Gerichtsstandes in der Doktrin des gemeinen Prozesses das römische Recht wesentlich modificirt hat.

§ 6. 5) Aditio praetoris.

1) Da die aditio praetoris, wie wir im vorausgehenden Paragraphen gesehen, der entscheidende Zeitpunkt ist für das Reurecht der Parteien, so ist es unsere Aufgabe, dieses Erfordernis der Prorogation jetzt näher ins Auge zu fassen.

Die Cardinalstelle unsrer Lehre, die l 1 D 5, 1, setzt auf Seite der Parteien nur die subjectio und den consensus in judicem voraus. Wir sind daher auch nicht berechtigt, außer diesen beiden Bedingungen der lex Julia noch weitere Anforderungen an die Parteien zur Begründung des gewillkürten Forums zu stellen. Haben wir nun ausführlich erörtert, was unter dem Consensus zu verstehen sei, so haben wir uns hier vor allem die Frage zu stellen: was bedeutet consensus in judicem? Der

---

[1]) Meist wird „mutata voluntas“ mit „mutua poenitentia“ gegeben, so Cramer l. c. S. 615.
Bethmann-Hollweg Versuche S. 12 Note 31, cf. Brackenhoeft Erört. S. 265 Note 4.

Sinn dieses Zusatzes ist offenbar kein anderer als: Einwilligung der Parteien, daß der Magistrat, cujus jurisdictioni se subjecerunt, in der Streitsache judex d. h. Richter sein soll. So präcisirt sich unsere Frage dahin: „wodurch willigen die Parteien ein, daß der Prätor den Prozeß entscheide oder mit a. W.: Durch welche Handlungen bethätigt die Partei den Willen, dem Magistrate die Entscheidung in der Streitsache anzuvertrauen? Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß die Entscheidung des Richters in der Sache notwendig die Kenntnis des Richters von der Sache voraussetzt. Sohin geben die Parteien ihre Einwilligung in den judex dadurch in schlüssiger Weise zu erkennen, daß sie ihn in den Stand setzen, in der Sache selbst ein Urteil zu fällen: der Kläger durch Erzählung der thatsächlichen Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs, der Beklagte durch Bestreitung dieser historischen Basis der Klage oder durch Vorbringen wirklich peremtorischer Einreden.

Vorausgesetzt, daß überhaupt Consensus vorliegt, ist somit der consensus in judicem gegeben, sobald die Parteien die merita causae vor Gericht vortragen, und da namentlich der consensus des Beklagten gefordert wird, so ist der Zeitpunkt, in welchem der consensus in judicem als gegeben zu erachten ist, der Moment, in welchem der Beklagte auf die materialia causae eingeht d. h. den Anspruch des Klägers wirklich zu bekämpfen anfängt.

Die gemeine Lehre verlegt auf Grund der l 14 § 1 C de jud. 3, 1, l 2 pr C de jurejur. 2, 59 und l un. C de litiscont. 3, 9 in diesen Zeitpunkt die Litiscontestatio des römischen Rechts und so bezeichnen die meisten Autoren des gemeinen Rechts den Zeitpunkt der Litiscontestation als den Moment, in welchem das Reurecht der Parteien erlischt und geben das priusquam praetor adiretur einfach mit ante litem contestatam wieder.

z. B. Hiltrop, l. c. S. 59 sub 31

Deckherr, l. c. S. 12

Kemmerich, de prorogatione jurisdictionis § IX zu Note d S. 13.

Stockmann, de jurisdictione prorogata § 3 i. f. S. 24.

Es ist hier nicht möglich, auf die Geschichte der Litiscontestation im römischen Prozeß ausführlicher einzugehen; wir müssen uns begnügen, einige Punkte hervorzuheben.

Solange die strenge Scheidung zwischen jus und judicium innerhalb des römischen Prozesses bestand, solange also der Magistrat nur die Thatfrage des Prozesses in jure für die Beurteilung des judex datus feststellte, ist der consensus in praetorem offenbar anzunehmen, sobald der Beklagte der Fassung der vom Kläger impetrirten Formel zustimmt oder Einwendungen gegen dieselbe vorbringt, ohne den vom actor angegangenen Magistrat als formulam dans abzulehnen.

Vide hierüber genauer bei Bethmann-Hollweg. Röm. Civilpr. Bd. 2 S. 215 u. f.

Daneben kommt hier, wie schon erwähnt, consensus in judicem datum vor cf. l 57 D de re jud. 42, 1 und l 23 pr D de appell. 49, 1, der aber mit der Prorogation des Gerichtsstandes in keinerlei Zusammenhang steht. Nach Abschaffung der judicis datio, namentlich infolge der l 2 C de ped. jud. 3, 3 vom Jahre 294, als der Magistrat auch die Entscheidung in der Sache selbst übernahm, erscheint der oben bezeichnete Zeitpunkt, in welchem der Beklagte sich negando oder excipiendo gegen den Klagevortrag wendet, jedenfalls der Natur der Sache nach der geeignetste zu sein, um den Prorogationswillen der Parteien als vorhanden zu präsumieren.

Mag man auch die Litiscontestatio im römischen Recht auf einen früheren Zeitpunkt verlegen, nemlich auf den Anfang der klägerischen narratio negotii principalis (wie Wieding, der justin. Libellprozeß S. 150 ff, und derselbe in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 1 S. 635 ff.), so ist doch klar, daß in unsrer Lehre dieser Moment wegen der wesentlichen Voraussetzung des consensus partium nicht in Betracht kommen kann.

2) Die Quellen selbst enthalten keinerlei Bestimmung darüber, was unter der aditio praetoris zu verstehen sei; wir finden in der l 33 D 5, 1 von Modestinus nur die Negative dahin ausgesprochen: „Non videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis.“ Nach dieser Stelle erklärt sohin der Beklagte seinen consensus in

judicem d. h. seinen Prorogationswillen nicht schon durch das **Verlangen** der Einsicht in die actio, welche der Kläger gegen ihn **durchzuführen** beabsichtigt, d. h. in den libellus conventionis.

Diesem strikten Wortlaute gegenüber gibt es selbst im gemeinen Recht keine Controverse, vide z. B.

Hiltrop l. c. S. 59 nu 31.

Vinnius de Jurisdictione cap XI S. 881 sub 7.

Deckherr l. c. S. 12 cap. XXV.

Stockmann l. c. § III S. 22.

Kemmerich § XI Note c S. 19 f.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 214 zu A 14 f.

Gerade durch diese l 33 cit. wurden aber viele Autoren des gemeinen Rechts bewogen, die Prorogation schon in einem früheren Zeitpunkte als dem der Litiscontestatio als gegeben zu erachten. Man legte die Stelle eben dahin aus, daß durch ihre negative Bestimmung alle übrigen Handlungen des Beklagten, welche ihn mit dem Richter in geschäftliche d. h. den vom Kläger anhängig gemachten Prozeß betreffende Berührung bringen, im Sinne der l 18 D 2, 1 als aditio praetoris charakterisirt wären.

Daß dieses argumentum a contrario aus der l 33 cit. der Lehre Ulpians von unserm Gerichtsstande in l 1 und l 2 D 5, 1 gegenüber nicht zu halten ist, bedarf bei der ausführlichen Darstellung, welche wir diesen Cardinalstellen gewidmet haben, keiner Begründung mehr.

Ein anderweitiges Argument aber für diese Anschauung wird man aus den Quellen des römischen Rechts nicht erbringen können. Sie ist vielmehr nur die Consequenz davon, daß man einerseits die Obligationsnatur des Prozesses zu sehr betonte, andrerseits auch die Lehre vom vereinbarten Gerichtsstande mit der Präklusion der Einreden confundirte.

cf. Wach, Handbuch 1. Bd. § 43 A. 24.

Wir müssen daher die genaue Erörterung der hierüber von den Schriftstellern des gemeinen Prozesses aufgestellten Grundsätze als nicht auf Bestimmungen des römischen Rechts beruhend aus unserer Betrachtung ausschließen.

3) Freilich beruft man sich für die Ansicht, daß die Prorogationsabsicht nicht blos durch das Eingehen des Beklagten

auf die materialia causae dokumentirt werde, sondern auch durch die Unterlassung des Vorbringens der exceptio fori declinatoria, gewöhnlich auf die l 52 D 5, 1. Die Stelle lautet: Sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea quamvis ante sententiam reverti ad hanc defensionem non potest.

Sie bezieht sich aber gar nicht auf das forum prorogationis, sondern auf das forum contractus. Das ergibt sich zur Evidenz aus der unmittelbar vorausgehenden l 51, in welcher es heißt: „Si consenserit fideicommissarius alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare ubi consenserit“, verglichen mit dem hanc (sc. exceptionem) omisit der l 52 cit.

Beim forum contractus aber kommt es auf consensus zur Zeit der Litiscontestatio natürlich nicht an; denn es ist ein gesetzlicher Gerichtsstand in dem Sinne, daß der Beklagte auch mutata voluntate ihn anerkennen muß, sobald die außerhalb des Prozesses liegenden Voraussetzungen desselben gegeben sind.

Nicht besser steht es mit der Begründung dieser Ansicht aus der l 13 Cod de except. 8, 35: „Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse decrevit legum auctoritas.“ Damit ist keineswegs die Nachbringung der praescriptio fori nach andern prozeßhindernden Einreden ausgeschlossen, sondern nur ihr Vorbringen in principio d. h. vor Eingehung auf die Hauptsache (materialia causae) anbefohlen, so daß die Stelle durchaus mit der von uns vertretenen Ansicht harmoniert.

4) Sohin glauben wir berechtigt zu sein, für das römische Recht daran festzuhalten, daß die aditio judicis der l 18 cit. als geschehen zu erachten ist, sobald beide Parteien den Magistrat als Richter in ihrer Sache angegangen haben d. h. in dem Momente, in welchem sie die historische Grundlage ihres Rechtsstreites der richterlichen Würdigung unterbreiten, gleichsam den Richter als juristischen Sachverständigen anrufen. Letzteres trifft natürlich auch dann zu, wenn der erschienene Beklagte lediglich den Klagsanspruch bestreitet, den historischen Klaggrund aber zugesteht.

Wollte man einen Ausdruck unserer Reichscivilprozeßordnung zur kurzen Kennzeichnung der Sachlage gebrauchen, so

wäre es offenbar der Zeitpunkt der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache.

So Heffter, System § 167 S. 199.
Schmid, Handbuch § 56 S. 131 zu Note 43 u. 44.
Wetzell, System S. 428 u. A.
Dagegen Renaud l. c. S. 104 A. 14.

Von Prorogation ist aber noch keine Rede, solange die Parteien noch prozeßhindernde Einreden vorbringen oder vorbringen können d. h. Einreden gegen den Prozeß als solchen, nicht Einreden gegen die Behauptungen des Gegners, welche dieser zur Grundlage des Urteils gemacht wissen will in dem von den Parteien gewollten oder nicht ablehnbaren Prozeß.

Der entscheidende Zeitpunkt, in welchem „consensus in judicem“ vorhanden sein muß, ist eben der Zeitpunkt der Litiscontestation im Sinne der gemeinen Lehre [1]), so daß wenn der Beklagte diese nicht freiwillig vor dem ihm als unzuständig bekannten Richter vollzieht, kein gewillkürter Gerichtsstand gegeben ist. Wenn der Beklagte vor Gericht erscheint und dort, ohne die ihm bekannte Unzuständigkeit geltend zu machen, überhaupt verhandelt, wird man freilich zur Annahme berechtigt sein, daß er (im Falle der Verwerfung seiner Einreden) vor demselben Gericht auch zur Hauptsache werde verhandeln wollen und diesen Willen sodann durch Einlassung auf die materialia causae auch wirklich bethätigen werde. Entspricht er aber dieser Erwartung, so ist die Prorogation nicht vollzogen in dem früheren Zeitpunkte, in welchem er prozeßhindernde Einreden vorbrachte, sondern erst mit seiner Klagsbeantwortung im oben bezeichneten Sinn. Die praktische Wichtigkeit der hier erörterten Frage liegt offenbar darin, daß bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Prorogation als eingetreten präsumirt wird, die Parteien das Gericht noch einfach ablehnen können, der Kläger durch Zurücknahme der Klage, der Beklagte durch die Einrede der Unzuständigkeit; nach diesem Zeitpunkte aber muß die Partei, welche von dem Gerichte abgehen will, den Beweis erbringen, daß sie das Gericht irrig für zuständig

[1]) So z. B. Struvius, Synt. Exerc. 4 Th. 59 S. 145.
Obrecht Tr. feudalis lib. 4 cap. X S. 466.
v. Grolmann, Theorie 4. Aufl. § 50 S. 54.

gehalten. M. a. W. vor ihm haben die Parteien das Reurecht, nach ihm ist dasselbe ausgeschlossen.

Über diesen Punkt der Beweislast in Bezug auf etwa vorhandenen Mangel des Consenses haben wir im römischen Recht keine ausdrückliche Bestimmung. Soviel dürfte aber feststehen, daß die Partei beweisen muß, die sich auf diesen Mangel beruft, um das Gericht trotz der äußerlich vollzogenen Subjectio abzulehnen. So muß jedenfalls der Beklagte den Beweis gegen die Präsumtion der Prorogation infolge der von ihm vollzogenen Einlassung erbringen[1]) und kann von einer praesumtio ignorantiae seinerseits (wie sie z. B. Paurmeister de Jurisd. imp. Rom. Lib. I cap. 27 S. 308 sub 8 aufstellt) keine Rede sein. Es kann doch nicht der Kläger gehalten sein, das Vorhandensein des Wissens um die Unzuständigkeit seitens des Beklagten zur kritischen Zeit nachzuweisen; noch viel weniger aber wird das Gericht das letztere darthun müssen, wie Reatz (in § 10 namentlich S. 79 ff) in Consequenz seiner These von der öffentlich-rechtlichen Obligation des Prozesses, in welcher das Gericht als Gläubiger figuriert, nachzuweisen sucht.

§ 7. 6) Hat Justinian den Unterwerfungsvertrag in Widerspruch mit dem älteren Recht für verbindlich erklärt?

1) Wir haben schon oben hervorgehoben, daß von vielen Schriftstellern zwei Constitutionen Justinians, nemlich die l 29 C de pactis 2, 3 und l 51 C de episc. 1, 3 zu unsrer l 18 in Gegensatz gebracht worden sind, so namentlich Reatz in § 13 f.

Zwar gesteht Reatz (S. 107) selbst zu, daß der Kaiser ausdrücklich nur den außergerichtlichen Verzicht einer Partei auf ihren privilegirten Gerichtsstand für giltig erkläre; allein er identificirt diesen Verzicht mit dem Unterwerfungsvertrage und folgert dann aus dieser inneren Gleichheit auch die Gleichheit der Behandlung durch den Kaiser. Er sagt nemlich, der Unterwerfungsvertrag sei das acceptirte Versprechen einer Partei, einem gesetzlich inkompetenten Richter sich zu unterwerfen, und genau dasselbe enthalte auch der außergerichtliche Verzicht auf das forum privilegiatum.

---

[1]) Donellus, Comm. lib. 17 cap. 10 S. 43 sub 2.

Diese Ansicht von Reatz beruht auf einer ähnlichen schiefen Auffassung des Verhältnisses zwischen forum privilegiatum und forum commune, wie wir sie schon bezüglich des forum legale und forum prorogatum kennen gelernt. Er stellt nemlich die These auf „daß das gemeine Gericht, welches, wenn die Partei nicht privilegirt wäre, kompetent sein würde, gar keine Kompetenz über sie habe, nicht einmal eine bloß ruhende, vorläufig in ihrer Wirksamkeit unterdrückte, eventuelle.“ (Cf. Reatz S. 108).

Freilich ist diese Behauptung nicht minder unerwiesen, wie die früher besprochene. Denn wenn Reatz zur Begründung ausführt, daß das Privileg nicht etwa ein solches sei, „welches dem Privilegirten bloß gestattet, sich dem gemeinen Richter zu entziehen“ und daß „das Privilegium dem Kläger gegenüber nicht nur Recht, sondern auch Pflicht sei“, so läßt sich hiegegen wohl nichts einwenden; allein daraus folgt noch nicht, daß die persona privilegiata durch Verzicht auf ihren Gerichtsstand sich dem gemeinen Gericht als einem gesetzlich inkompetenten Gericht unterwirft, also einen wirklichen Prorogationsvertrag eingehen muß. Vielmehr folgt daraus nur, daß der Privilegirte einerseits verlangen kann, vor seinem befreiten Gerichtsstand verklagt zu werden, andrerseits aber auch sich dort verklagen lassen muß. Wird nemlich der Privilegirte vor dem gemeinen Gerichte belangt, so muß er vor demselben erscheinen, wenn nicht sein Privileg notorisch ist, also der Richter die Klage aus diesem Grunde zurückweisen kann; er kann dann durch allegatio privilegii den Richter ablehnen d. h. den gesetzlich kompetenten Richter durch den privilegio kompetenten Richter ausschließen, oder aber unter Verzicht auf sein Privileg sich vor dem gemeinen Richter einlassen. Daß hiebei aber von Prorogation nicht die Rede ist, ergibt sich schon daraus, daß der Kläger das Urteil des judex communis nicht aus dem Grunde als nichtig anfechten kann, weil er nicht gewußt, daß sein Gegner einen privilegirten Gerichtsstand habe, ebensowenig wie der Beklagte, wenn er errore von seinem Rechte der Ablehnung keinen Gebrauch gemacht hat cf. Hiltrop S. 56 sub 10.

Wird hingegen die Klage bei dem durch das Privileg erworbenen Gerichtsstand angestellt, so kann der Beklagte dieses natürlich nicht ablehnen; denn er kann wohl auf das Privileg verzichten

consentiente adversario, aber nicht gegen dessen Willen, da ja auch der Kläger dissentiente privilegiato das Privileg respektiren muß. Damit erledigt sich die Folgerung von Reatz (a. a. O. Anm. 2): „Man müßte ihm vielmehr das Recht einräumen, die Verhandlung der Sache vor dem gemeinen Richter zu verlangen, da die Ausübung eines Rechts niemand zur Pflicht gemacht wird.“

Es ist hier lediglich die Rücksicht auf gleiche Verteilung der Rechte und Pflichten aus dem Privileg, welche es dem Beklagten nicht erlaubt, die Einlassung an seinem befreiten Gerichtsstand zu verweigern, auf der andern Seite die Rücksicht auf das Privatinteresse im konkreten Falle, welche eine Anstellung der Klage vor dem an sich (ohne das Privileg) kompetenten Gerichte gestattet d. h. dem Privilegirten überhaupt den Verzicht auf sein Privileg ermöglicht.

Das Gesagte dürfte hinreichen, um die Behauptung von Reatz von der innern Gleichheit des Unterwerfungsvertrags und des außergerichtlichen Verzichtes auf das privilegium fori ins richtige Licht zu setzen. Daß es sich hiebei um total verschiedene Fälle handelt, ist auch von jeher nicht verkannt worden. Man vergleiche z. B.

Vinnius, l. c. S. 880

Hiltrop, S. 60 sub 34 (der den hier besprochenen Fall als pactum de non declinanda jurisdictione in Gegensatz stellt zum pactum de proroganda jurisdictione);

Gebauer, Coment. acad. de jurisd. 2. Aufl. S. 51 vv: „quo casu jurisdictionem quae jam est non prorogat, sed illi, quam revocare poterat, renuntiat.“

v. Grolmann, Theorie § 50 Note 4

Glück, Band 3 S. 215 zu Note 69 ff.

2) Was ferner die Bemerkung von Reatz (S. 107) anlangt, daß die Behauptung einer wesentlichen Verschiedenheit beider Verträge ein Verkennen sei „der Absicht des Kaisers, das ältere Recht zu reformiren“, so vergißt er dabei, daß mit der Thatsache des Strebens Justinians, das ältere Recht zu reformiren d. h. das altnationale Recht in ein Weltrecht umzuwandeln, noch nichts bewiesen ist für die Frage, bis zu welchem Punkte die Reformgedanken des Kaisers auch wirklich die

allgemein bindende Gestalt des Gesetzes angenommen haben. Aus inneren Gründen aber, namentlich wegen der größeren Stabilität des Rechts und der Gesetzgebung, welche oft der raschen Entwicklung des Lebens nicht zu folgen vermag, wäre anzunehmen, daß das reformirende Gesetz strikte zu interpretiren sei, falls (wie im römischen Recht) Continuität des Gesetzgebers gegeben ist. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber dem widerstreitenden Inhalte des bisherigen Rechts gegenüber doch gewiß veranlaßt ist, seine Änderungen in präziser Weise zum Ausdruck zu bringen.

3) Ebensowenig wie die Reformthätigkeit Justinians, bei welcher Reatz von Beschränkung der staatsbürgerlichen Freiheit spricht (S. 117 unten), beweisen für seine Ansicht die Motive des Kaisers: „sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere".

Abgesehen davon, daß die Motive des Gesetzgebers nicht Gesetz sind, lauten diese Worte schon zu allgemein, um Recht zu sein. Justinian hat unter den pacta nur die in der l 29 C 2, 3 aufgeführten verstanden: non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam." Das beweist schon die Stelle in den Motiven: „Si enim et ipso praetoris edicto pacta conventa, quae neque contra legem neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in **hac** causa pacta non valeant, quum alia regula est juris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, **renunciare."** Es ist also auch hier des Unterwerfungsvertrages mit keinem Worte gedacht.

Da nun dieser Vertrag nach älterem Recht jedenfalls unverbindlich war und sich eine Aenderung durch die Gesetzgebung Justinians nicht nachweisen läßt, so folgt, daß im römischen Recht eine außergerichtliche Vereinbarung über die Prorogation eines unzuständigen Gerichtes überhaupt nie bindende Kraft gehabt habe; ein Resultat, das allein dem Wesen des forum conventionale, namentlich dem Erfordernisse des „Consensus partium in praetorem" gerecht zu werden vermag.[1])

[1]) Es ist durchaus nicht nötig, zur Unterstützung dieser Ansicht mit der Glosse in der l 15 D 2, 1 das „consensisse in praesidem" zu ändern in „consensisse in praesentem".

4) Unsre Auffassung des Verhältnisses der l 18 D 2, 1 zu den beiden erwähnten Constitutionen Justinians (die von Wetzell Syst. S. 429 A 30 und Wach C A Bd. 62 S. 384 zu Note 33 verteidigt wird) ist im gemeinen Recht nicht zur Geltung gelangt, so daß auch hierin das römische Recht kanonistischen und deutschrechtlichen Anschauungen nachgesetzt erscheint.

II. Erfordernisse der Prorogation auf Seite des Richters.

§ 7. 1. Jurisdictio.

1) In der l 1 D 5, 1 stellt Ulpian als Bedingung der Statthaftigkeit der Prorogation auf, daß derjenige, in welchen die Parteien consentiren, sei „judex, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet.“

Damit ist im Einklange mit der Natur der Sache ausgeschlossen die Vereinbarung auf eine persona privata.

cf. Hiltrop, S. 55 sub 4,
Vinnius, S. 874 sub 5,
Bayer, S. 234 oben u. A.

Diese kann von den streitenden Teilen wohl zum Schiedsrichter ernannt werden (cf. D 4, 8), der den Streit nach bestem Wissen und Gewissen (boni viri arbitratu: l 1 § 3 D usufr. quemadmodum 7, 9; l 57 D de contrah. emt. 18, 1; cf. l 47 D fam. ercisc. 10, 2 etc.) zu schlichten hat, nicht aber zum Richter, der nach den Gesetzen zu urteilen hat und dessen Ausspruch vim judicati hat; denn die Privatperson steht mit dem Mechanismus der Rechtspflege des Staates, der sich das Urteilen auf dem Gebiete des Rechts vorbehalten hat, in keiner Verbindung, aus welcher die Berechtigung ad jus dicendum zu folgern wäre.

Ebensowenig bezieht sich unsre Stelle auf den judex addictus d. h. den vom Magistrate für einen bestimmten Rechtsstreit bestellten Richter (cf. l 33, l 74 § 1, l 80 D 5, 1; l 1 C 3, 13); denn diesem kommt eigentlich nur die cognitio causae zu (l 36 pr, l 73 § 1 D 5, 1; l 17 D de excus. 27, 1), nicht aber jurisdictio, welche einen Bestandteil des imperi-

um bildet (l 3 D 2, 1) d. h. der Amtsgewalt, welche im Namen des populus Romanus i. e. des Kaisers ausgeübt wird. Wie der Zusatz „qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet“ in vollständig unzweideutiger Weise zu erkennen gibt, geht die Bestimmung der l 1 cit. einzig und allein auf den die Rechtspflege verwaltenden Magistrat. Dieser allein hat jurisdictio d. h. das Recht, die Rechtspflege im Namen des Kaisers auszuüben und in einem konkreten Falle Recht zu sprechen, also Gerichtsbarkeit.

Nach römischem Staatsrecht ist der Imperator die Quelle alles Rechts und alle Gerichtsbarkeit stammt von ihm, ist also eigentlich mandata jurisdictio. Suo jure (l 5 D 2, 1) besitzt aber der jurisdictio, der sie unmittelbar vom Träger der Gerichtsgewalt erhalten und diese wird dann in den Quellen auch als propria jurisdictio bezeichnet im Gegensatz zu der mittelbar vom Souverain abgeleiteten jurisdictio.

Der Kaiser kann aber auch selbst Recht sprechen und daher auch für den speziellen Fall jemand mit dem Richteramte betrauen cf. Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 45 zu A. 12 und 13. Wenden sich nun die Parteien mit ihrer Rechtssache direkt an den Kaiser, so kann von Prorogation nicht gesprochen werden; denn der Gerichtsbarkeit des Imperator sind alle Unterthanen des Reiches unterworfen; es wäre deßhalb verkehrt, in diesem Falle von Prorogation des von ihm mit der Erledigung der Sache beauftragten Richters zu sprechen, auch wenn er consensu partium bestellt ist; denn er ist nichts anderes, als judex addictus, falls nicht ein Magistrat als solcher principali jussione die Sache zur Entscheidung erhält; in dem letzteren Falle liegt ebensowenig Prorogation vor, sondern nur die Bestimmung des Richters durch den Kaiser, welche von den Parteien ihm consensu übertragen worden. Dieser consensus ist aber nicht der Grund der Zuständigkeit des vom Kaiser ernannten Richters, seine Kompetenz ruht vielmehr einzig und allein in dem Mandate des Imperators.

Von Prorogation kann nur die Rede sein bei Magistraten, welchen die Pflege des Rechts vom Kaiser (der Idee nach vom populus Romanus) als Bestandteil ihres Amtes

übertragen ist. Nur bei diesen bedingt die Natur des Amtes als einer Verpflichtung, in allen Streitsachen Recht zu sprechen, die Übertragung der potestas juris dicundi in einem bestimmten Bezirke und einem abgegrenzten Umfange; hier kommt sohin der Begriff der örtlichen und sachlichen Competenz zur Geltung und kann also der Fall eintreten, daß ein Magistrat über den Beklagten keine Competenz oder in der Sache keine jurisdictio hat d. h. daß der ihm vom Staate zugewiesene Geschäftskreis die Person des Beklagten oder den Gegenstand des Prozesses nicht umfaßt.

2) Was nun den Kreis derjenigen Personen betrifft, welchen jurisdictio im vorbesprochenen Sinne nach römischem Recht zusteht, so braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß es hier nicht unsre Aufgabe sein kann, eine auch nur einigermassen vollständige Entwicklungsgeschichte der römischen Gerichtsmagistratur zu geben. Es muß genügen, einige, namentlich kontroverse und für unser Thema relevirende Punkte hervorzuheben; im übrigen ist auf die Werke zu verweisen, welche den römischen Civilprozeß überhaupt behandeln und daher auch Veranlassung haben, die Träger der Gerichtsbarkeit in den verschiedenen Perioden des römischen Staatsrechts, sowie die Abgrenzung ihrer Befugnisse zu kennzeichnen.

Seit der lex Licinia Sextia vom Jahre 367 v. Chr. erscheint der Praetor als Träger der Fülle der Jurisdictio[1]), neben dem die beiden Aediles curules eine beschränkte Gerichtsbarkeit besaßen[2]). Die Zahl der Prätoren ward 247 auf zwei, 227 auf vier erhöht, und später unter Sulla und Cäsar noch weiter vermehrt[3]): immer aber blieben sie die für die römische Rechtspflege typischen Magistrate. Ihnen treten mit der Erweiterung des römischen Reiches auf außeritalische Länder die Statthalter der Provinzen ebenbürtig zur Seite[4]), so daß es vollkommen gerechtfertigt ist, wenn in vielen Stellen unsers Corpus juris der praeses (sc. provinciae) in derselben Bedeutung vorkommt, wie das sonst gebräuchliche praetor, nemlich in dem Sinne „mit der Rechtspflege

---

[1]) cf. Kuntze, Cursus des römischen Rechts. 2. Aufl. S. 56 § 101 zu Note 7 u. S. 59 § 106 zu Note 2.

[2]) cf. Kuntze eod. und § 107 sub 3 S. 60.

[3]) Kuntze S. 105 nach Note 3.

[4]) Kuntze § 183 S. 108 u. f.

betrauter Beamte" cf. l 15 D de jurisd. 2,1; l 23 § 3 D quod metus causa 4,2; l 57 D de leg. I (30); l 3 C de ped. jud. 3,3; l 3 C de pign. 8,14 und l 17 C qui accusare 9,1.

Auf die vorübergehende Erscheinung der Consulares und Juridici, welche in den verschiedenen Regionen Italiens die Rechtspflege ausübten, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.[1]) Wichtiger ist, daß in den Municipien den Municipalmagistraten eine wenn auch beschränkte Jurisdictio eingeräumt wurde cf. l 29 D ad municip. 50,1 und Kuntze § 291 S. 182 zu Note 5.

Für gewisse Klassen von Rechtssachen erscheint mit der Rechtspflege betraut der praetor fideicommissarius (pr. J 2, 23; l 2 § 32 D de orig. jur. 1,2 und l 4 D quibus ad libert. 40,13) und der praetor s. Judex tutelaris (l 1 pr. C de tutoribus 5,33,) welch letzterer allein neben dem praetor urbanus von den zuletzt 18 Prätoren seit Constantin in Wirklichkeit seine Jurisdictio ausübte.[2])

Als speciell kaiserliche Richterbeamte treten uns die praefecti urbi, annonae, vigilum mit Gerichtsbarkeit für ihren Verwaltungszweig entgegen,[3]) von denen der praefectus praetoris zu unterscheiden ist, der als Stellvertreter des imperator über das ganze Reichsgebiet seine Jurisdictio ausdehnte.[4])

Einer besonderen Besprechung aber bedarf zuletzt noch der procurator Caesaris, der unter den späteren Kaisern auch rationalis genannt wird cf. Brissonius de Verbor. Sign. s. Rationales S. 495. Anfänglich (nach l 5 Cod. Th. 2,1) nur Vertreter des Fiscus vor dem judex ordinarius,[5]) wurde er später mit der Entscheidung aller fiskalischen Prozesse betraut, während der advocatus fisci an die früher von ihm innegehabte Stelle trat (l 4 C 2,9). Daneben üben die eigentlichen procuratores Caesaris d. h. die rationales rei priva-

---

[1]) cf. Kuntze § 289 S. 180.

[2]) Kuntze § 287 S. 179 zu Note 2.

[3]) Kuntze § 341 zu Note 8 S. 216.

[4]) Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 116 zu Note 15.
Kuntze S. 217 zu Note 3.

[5]) Bethmann-Hollweg Handbuch Bd. 1 S. 72 A. 73 f.; Derselbe. Der röm. C. P. Bd. 2 S. 75 A. 35 ff.

tae nach l 7 C ubi causae fiscales 3,26 vom Jahre 349 die Gerichtsbarkeit über die auf den Gütern des Kaisers lebenden Bauern aus.

Cf. l 3 Cod Th. 10,4;
Busch C A Bd. 19 S. 36
Cramer opuscula S. 608 sub § 36

3) Allen diesen Beamtenkategorien wird in den Quellen Jurisdictio beigelegt. Der Natur der Sache entsprechend handelt es sich hiebei immer um Jurisdictio civilis, d. h. um Gerichtsbarkeit bezüglich der privatrechtlichen Verhältnisse der streitenden Teile, nicht aber um Criminalgerichtsbarkeit; von letzterer kommt auch im römischen Recht der Ausdruck jurisdictio nicht vor, meist wird accusatio oder actio dafür gebraucht.[1])

Bei ihr kann ja von einem consentire in judicem überhaupt nicht die Rede sein, da der Staat, welcher das crimen aus öffentlichen Rücksichten, wenn auch auf Anregung einer (verletzten) persona privata, verfolgt, hinsichtlich des Anspruchs, daß der Angeklagte sich vor einem bestimmten Gerichte stelle, mit demselben in keinerlei Unterhandlungen bezüglich der Gerichtsstelle eintreten kann, ebensowenig wie der Ankläger hiezu Veranlassung haben wird.

cf. Donellus l. c. S. 45 und l 1 D de offic. ejus 1,21.

Darüber, daß der von den Parteien angerufene Richter Civiljurisdiktion besitzen muß, ist man auch vollkommen einig; denn diese Forderung entspricht einerseits dem Wesen des gewillkürten Gerichtsstandes und wird andrerseits durch die positive Vorschrift der l 61 § 1 D 5,1 vv: „Latrunculator de re pecuniaria judicare non potest,“ [1]) unterstützt. Es ist deßhalb auch nicht notwendig, auf die meist gleichlautende Begründung dafür einzugehen cf. z. B. Bayer l. c. S. 236 sub 2.

4) Als unmittelbare Folgerung aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine Prorogation ausgeschlossen ist in allen causae

---

[1]) Cf. l 1 § 1 D de testibus 22,5; 194 de furtis 47,2.
l 3 C de lege Aqu. 3,35; l 23 C ad leg. Corn. 9,22 und
Glück Comment. Bd. 3 S. 11 sub VI.
Busch C A Bd. 19 S. 134 sub III, 1.

[1]) Cf. Brissonius de V. S. S. 312 und l 1 § 1 D de test. 22,5.

criminales (cf. Schmid l. c. S. 126 zu Note 5); dieselben können nie weder durch den Willen des Beklagten noch des Klägers, auch nicht durch beiderseitiges Einverständnis vor ein anderes Criminalgericht als das lege zuständige gebracht werden, noch viel weniger aber naturgemäß vor ein Civilgericht (cf. Mittermaier Handbuch des peinlichen Verfahrens Bd. 1 § 9 S. 356). Denn bei den causae criminales handelt es sich um vindicta publica (utilitas publica), deren Wahrnehmung nicht jure magistratus, sondern certa lege zusteht, wobei ein Privatwille als konstituirendes Element dem öffentlichen Recht gegenüber nicht in Frage kommen kann.

5. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß wir uns hier, wo es sich um den Gerichtsstand der Vereinbarung handelt, natürlich nur mit der jurisdictio contentiosa zu beschäftigen haben, daß es also verkehrt ist, wenn in vielen Abhandlungen über unsern Gegenstand auch die nichtstreitige Gerichtsbarkeit des Staates einbezogen ist.

6) Wenn nun Ulpian in der l 1 D 5,1 die Prorogation als zulässig erklärt bei jedem Richter, qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet, so scheint nach dem Wortlaute jede Art der Civilgerichtsbarkeit hinreichend zu sein, um in allen Civilsachen prorogirt werden zu können.

Diese Frage ist jedoch äußerst bestritten.

Wie oben bemerkt, sind im römischen Recht gewisse Richter, welchen Jurisdictio zusteht, auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt; so selbst der praetor urbanus und peregrinus, dann der procurator Caesaris nach l 1 C 3,13 und der magister militum nach l 6 C eod. u. A.

Daher entsteht die Frage, ob diese Abgrenzung bezüglich der gerichtsunterworfenen Personen lediglich im Sinne gesetzlicher Competenzbestimmung zu nehmen sei, also die Unzuständigkeit bezüglich des Beklagten durch Prorogation gehoben werden kann, oder aber so verstanden werden müsse, daß der Richter selbst consensu partium nicht in der Lage ist, in einem Prozesse Recht zu sprechen, in welchem der Beklagte nicht zu den seiner Gerichtsbarkeit ausschließlich unterstellten Personen gehört.

Viele Autoren neigen sich der letztgenannten Ansicht zu;
cf. z. B. (Struben Rechtl. Bed. I, 14
Glück a. a. O. § 207 Note S. 261)
v. Grolmann l. c. § 49 S. 52 sub b
Wetzell l. c. S. 430 Note 35.

Man stützt sich zumeist auf l 2 C si non a competenti 7,48, aber mit Unrecht; denn wie Schmidt (Handbuch § 56 S. 127 Note 12) dargelegt, spricht diese Stelle nur von der gesetzlichen Competenz des judex militaris, keineswegs aber davon, daß diese nicht prorogirt werden könne; ja noch mehr, sie spricht überhaupt nicht von einer Competenz des militaris judex, sondern von der Competenz dandi judicem in Civilsachen auf Seite dessen, der den militaris judex als Richter aufgestellt; man vergleiche die Worte der Stelle: „militaris judex super ea causa, de qua civilibus actionibus disceptandum fuit, non datus, a quo dari poterat.“ Diese facultas dandi judicem aber kann der Magistrat, auch wenn er gesetzlich unzuständig ist, unzweifelhaft durch consensus partium erhalten. Daher kann unsre Stelle nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß der auf bestimmte Personenklassen eingeschränkte Richter nicht prorogirt werden könne. Ebensowenig kann als solcher gelten die l 4 C eod. 7,48: „Et in privatorum causis ejusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat;“ denn sie bezieht sich keineswegs auf die Prorogation, da sie sonst jegliche Prorogation für ungiltig erklären würde.

Ein direkter Gegenbeweis gegen diese Meinung liegt aber in l 1 C de jurisd. 3,13, in welcher ex professo bemerkt wird, daß der pocurator Caesaris, welcher „judicandi potestatem inter certas habet personas,“ doch „consensu partium“ (die Stelle sagt: „incongruum esse vobis judicem scientes“) zum kompetenten Richter auch in einem Prozesse privatorum werden könne. Ja es wird sogar eigens hinzugefügt, daß der gleiche Satz auch Geltung haben solle „in aliis similibus judicibus,“ womit nur die Richter bezeichnet sein können, deren gesetzliche Kompetenz, wie die des

procurator Caesaris, nur auf eine bestimmte Klasse von Personen sich erstreckt.

7) Unbestritten ist, daß Prorogation statthaft ist bei einem Richter, welchem die Civiljurisdiktion in ihrem ganzen Umfange, jedoch nur bis zu einer bestimmten Höhe des Wertes des Streitobjektes zukommt. Auf Grund der l 74 § 1 D 5,1 und l 28 D 50,1 ist man der allgemeinen Ansicht, daß er auch in Sachen, welche dieses gesetzliche Maximum seiner Gerichtsbarkeit übersteigen, consensu partium zum Richter gewählt werden kann, man vergleiche statt Aller:

Bayer S. 237 sub 3,
Linde S. 131 zu Note 15,
Renaud S. 105 zu Note 22.

Das erstgenannte Fragment aus Julian hat aber sehr zweifelhaften Beweiswert; denn vor allem müßte entschieden sein, ob es wirklich von einem mit Jurisdictio ausgestatteten Magistrate spricht oder aber von einem judex datus; für letzteres würde sprechen einmal der Ausdruck „usque ad certam summam judicare jussus," dann auch der Umstand, daß die Stelle aus dem fünften Buche der Digesten Julians excerpirt ist, während er von Prorogation laut l 2 pr. D 5,1 im ersten Buche ex professo handelt.

Vinnius (Cap. XI S. 879 vor nu 4) behauptet freilich, daß es sich hier um einen öffentlich aufgestellten Richter handelt mit der Berechtigung, alle einschlägigen Sachen zu entscheiden, wenn auch nur bis zu einer bestimmten Streitsumme, bringt aber für diese seine Aufstellung als Argument einmal vor, daß einem judex pedaneus[1]) nur ein bestimmter actus übertragen zu werden pflegte „praescripta certa formula et reservata danti potestate exequendi;" damit ist aber doch noch nicht bewiesen, daß er die in der Formel stehende Condemnationssumme consensu partium nicht habe erhöhen können, ohne die Formula zur Änderung in diesem Punkte an den Prätor wieder zurückzugeben. Das zweite Beweismittel Vinnius für seine Erklärung unsrer Stelle ist der Gleichlaut der l 28 D 50,1, dessen Be-

---

[1]) d. i. Hilfsrichter cf. l 3 § 1 D 2,7, l 38 § 10 D 48,19; l 3 C 2,47; tit. Cod. 3,3
u. v. Brinz Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 S. 259 zu Note 31 ff.

weiskraft doch gegründetem Zweifel unterliegt, cf. Busch C A Bd. 19 S. 34 oben.

Wir brauchen aber die Controverse bezüglich der l 74 § 1 cit. hier nicht weiter zu verfolgen; denn wenn die Stelle auch wirklich, wie wir glauben, nur den judex addictus und nicht den magistratus im Auge hat, so ergibt doch die l 11 pr. D 2,1 vv: „quantitas intra jurisdictionem judicantis est," daß die Römer innerhalb der Jurisdiktionsbeamten auch nach der Höhe des Wertes der ihnen zugewiesenen Streitsachen unterschieden und die l 28 D 50,1 sagt ausdrücklich: „Inter convenientes et de re majori apud magistratus municipales[1]) agetur." Diese Stelle handelt zweifellos vom Gerichtsstand und zwar von der Begründung desselben consensu partium, was schon dadurch höchst wahrscheinlich gemacht ist, daß sie aus dem ersten Buche des Ediktskommentar von Paulus ist

cf. Julian liber primus ad edictum u. Ulpian ebenda.

Diese l 28 cit. aber, sowie die connexio et affinitas der blos hinsichtlich des Wertes unterschiedenen Rechtsstreitigkeiten, ebenso der Umstand, daß bei einer nur nach der Größe des Streitobjektes beschränkten Jurisdictio doch gewiß eine der Prorogation fähige Jurisdictio vorhanden ist (Busch a. a. O. S. 40 unten), sind für die allgemeine Ansicht vollbeweisend; zumal bei der generellen Fassung der l 1 D 5,1 diese Beschränkung durch Spezialbestimmungen der Quellen nachgewiesen werden müßte, was aber der l 28 cit. gegenüber unmöglich erscheint.

Außer den magistratus municipales erscheint nach Ulpiani fragm. tit. XXV § 10 auch der praetor fideicommissarius als Beamter, dessen Jurisdictio nur bis zu einer bestimmten quantitas fideicommissi reicht, während in allen diese Kompetenz übersteigenden Fällen in Rom die Consules und in den Provinzen die Praesides zuständig waren. Auch hier kann es keinem Bedenken unterliegen, daß in Prozessen der letztern Art Prorogation an den praetor fideicomissarius zulässig war cf.

Vinnius S. 878 sub 3), der auch Quintilian lib. 3 cap. 6 citirt.

---

[1]) cf. Bethmann-Hollweg bezüglich der lex Rubria Bd. 2 S. 31 Note 24 und § 66 S. 68 zu Note 20 f.

8) Bestritten ist aber die Frage, ob auch an einen Richter in Sachen prorogirt werden könne, welche ihrer Art nach seiner Gerichtsbarkeit entzogen sind. Gewöhnlich wird diese Art der Erstreckung der Jurisdictio genannt prorogatio de causa ad causam oder de re ad rem

cf. u. A. Ziegler Dicastice S. 155 § 8

Vinnius l. c. S. 878 sub 2;

unter dem letzteren Ausdruck wird auch oft die Prorogation auf eine höhere Summe verstanden, so

Damasi Summa (Ed. Wunderlich) S. 83

Hiltrop l. c. S. 61 sub 40.

Hieher wird denn auch allgemein die oben schon angegebene Beschränkung der freiwilligen Unterwerfung auf Civilsachen und Civilrichter gezogen, vide z. B.

Deckherr l. c. S. 18 cap XXXV.

Vinnius S. 878 sub 1

Busch C A Bd. 19 S. 31 sub 2.

Allein der innere Grund für die Ausnahme der Criminalsachen von der Möglichkeit der Prorogation ist nicht darin zu suchen, daß der Criminalrichter jurisdictionem diversi generis besitzt (denn sonst wäre sie ja doch unter der alia jurisdictio der l 1 D 5,1 mitbegriffen), sondern überhaupt sensu stricto keine jurisdictio besitzt.

Eine Einschränkung aber der Prorogation eines Civilrichters scheint in der l 2 C ubi causa status 3,22 zu liegen; die Constitution (vom Jahre 250) lautet:

„Procuratores nostros status causas examinare non posse notum est.“

Nun ist aber zweifelhaft, ob in der Stelle das examinare non posse als absolut gedacht ist, so daß ein Erkennen über Statussachen auch consensu partium unmöglich, oder nur als Begrenzung der gesetzlichen, aber erstreckbaren Kompetenz, wie in l 4 C 7,48; es kommt noch als ratio dubitandi hinzu die l 5 C eod. 3,22 vom Jahre 300, in welcher der rationalis oder magister rei privatae als Richter in causae libertinitatis et servitutis auftritt; nur daß (ähnlich wie beim praetor fideicommissarius) die causae ingenuitatis dem rector provinciae vorbehalten sind cf. l 2 i. f. C 3,3. So kann

denn die l 2 C 3,22 cit. keineswegs das beweisen, was sie nach Ansicht fast aller Schriftsteller beweisen soll, daß in Statussachen an den procurator Caesaris nicht prorogirt werden konnte: m. a. W. es erhellt aus dieser Stelle keineswegs mit Sicherheit, daß die sachliche Competenz des Rationalis auch durch den übereinstimmenden Willen der Parteien nicht erweitert werden konnte. Cf.

Brackenhoeft a. a. O. S. 267 unten.

Bethmann-Hollweg der röm. C. P. Bd. 2 S. 75 A 38 ff.

Busch a. a. O. S. 38 zu Note 27.

9) Als Fälle einer nur auf bestimmte Arten von Rechtsstreitigkeiten beschränkten Iurisdictio werden vorzugsweise noch hervorgehoben die Gerichtsbarkeit des praetor fideicommissarius (cf. Bethmann-Hollweg eod. S. 51 zu A. 15 ff.) und des praetor tutelaris cf.

Deckherr cap. XXXVI S. 19;

Ziegler Dicastice S. 155 § 8.

Vinnius S. 878 sub 2.)

Ihre Kompetenz sollte sich lediglich auf Fideicommißsachen und Vormundschaftsangelegenheiten beziehen. Aus den Quellen des römischen Rechts läßt sich dieser Satz gewiß nicht entnehmen,[1]) namentlich nicht aus der Cardinalstelle unserer Lehre, der l 1 D. 5, 1, welche ja auf Seite des zu prorogirenden Richters nichts anderes fordert als jurisdictio und diese kommt doch auch den beiden genannten praetores zu; sind ja doch gerade die Prätoren die eigentlichen Richtermagistrate.

cf. Bethmann-Hollweg § 63 S. 50 ff. und § 70 S. 92 nach Note 10. Kuntze Excurse S. 130 sub. 4.

Vinnius (l. c.) sucht diesen Satz damit zu motiviren, daß es nicht in der Macht der Privaten liege, eine neue Gerichtsbarkeit zu verleihen; allein wenn sich die Parteien z. B. an den praetor fideicommissarius wenden in einer Nichtfideikommißsache so geben sie ihm durchaus keinerlei neue Jurisdictio, da er ja die potestas jurisdicundi schon hat, sondern ermöglichen ihm nur

[1]) Man vergleiche nur Gai. II, § 278 vv: „fideicommissa vero Romae quidem apud Consulem vel apud eum Praetorem, qui praecipue de fideicommissis jus dicit persequimur.

die Anwendung seiner Jurisdictio außerhalb der ihr gesetzlich gezogenen Schranken. Das ist aber auch bei den Prozessen der Fall, wo die streitenden Teile z. B. den im konkreten casus inkompetenten Praetor peregrinus angehen; denn die Inkompetenz hat in beiden Fällen die gleiche Wirkung, nämlich Nichtigkeit des Verfahrens cf. l 1 C 7, 48; l. 2 pr. D. 5, 1 etc.

Gegen Vinnius spricht insbesonders l 15 D 2, 1 vv: „alius praetor pro alio aditus" und l 18 D eod. „alius praetor quam cujus jurisdictio est"; dieses Gegenargument sucht Vinnius dadurch zu beseitigen, daß unter dem alius praetor dieser Fragmente nur ein Praetor zu verstehen sei, der unbegrenzte Gerichtsbarkeit hat, also nur der praetor peregrinus und der praetor urbanus. Dabei ist aber vergessen, daß Prorogation einer unbegrenzten Gerichtsbarkeit ein Nonsens ist, daß ferner in Wirklichkeit die Gerichtsbarkeit auch dieser Prätoren eine begrenzte[1]) war, nemlich begrenzt durch die Jurisdictio der andern praetores, des procurator Caesaris, der juridici u. A.; sowie daß mit dem Wegfalle des praetor peregrinus seit Caracalla auch die Möglichkeit einer Prorogation an denselben vom praetor urbanus nicht mehr bestehen würde, also das forum prorogatum überhaupt antiquirt wäre: ein Punkt, dessen Uebersehen auch Bethmann-Hollweg zu der Ansicht Vinnius verleitet cf. Denselben § 63 zu Note 5 und 6. Ueberdies wäre selbst für die Zeit der Coexistenz der beiden Prätoren (die Anschauung Vinnius als richtig vorausgesetzt) der praktische Nutzen der Prorogatio wohl nur minimal gewesen und es kaum begreiflich, daß die lex Julia eine eigene Bestimmung darüber enthielt.

Außerdem dürfte es durchaus nicht angezeigt sein, den Praetor fideicommissarius und tutelaris als Unterprätoren (Richter minderer Qualität) aufzufassen; dagegen spricht, schon die Art der ihnen gesetzlich anvertrauten Streitsachen,[2]) sowie der Umstand, daß gerade der praetor tutelaris allein

[1]) cf. Kuntze Cursus S. 178.

[2]) cf. Ulpiani liber singularis de officio praetoris tutelaris (l 5 D 27, 1 u. a.)

neben dem praetor urbanus sich seit Constantin „in reeller Funktion" befindet cf. Kuntze cursus S. 179 zu Note 1 und 2.

10) Wir schließen uns nach dem Ausgeführten der Ansicht, an, welche schon Donellus (Comment. lib. 17) S. 47 aufgestellt hat, daß nach römischem Recht innerhalb der Magistrate welchen überhaupt Jurisdictio zukommt, keinerlei Unterschied besteht bezüglich der Zulässigkeit der Prorogation in Sachen, welche ihrer gesetzlichen Competenz entzogen sind, m. a. W., daß es nach römischem Recht ausschließliche Fora überhaupt nicht gegeben.

Auch seiner Begründung dieses Satzes können wir uns anschließen, wenn er von dem zu prorogirenden Richter verlangt: „jurisdictio debet sufficere causae novae exequendae"; denn nach der von uns vertretenen Auffassung ist eben die jurisdictio[1]) der Magistrate nichts anderes als die Ermächtigung in allen Civilrechtsstreitigkeiten Recht zu sprechen, innerhalb eines gewissen Kreises von Personen und Sachen auch gegen den Willen der Parteien (namentlich des Beklagten): gesetzliche Competenz; außerhalb desselben nur mit Willen der streitenden Teile: erstreckte Competenz.

Nach l 1 D 5, 1 kann es auch keinerlei Unterschied machen, ob der angegangene Richter gesetzliche Competenz in erster oder höherer Instanz besitzt, da ja auch der Appellationsrichter die vorausgesetzte Civilgerichtsbarkeit besitzt. Dies ist auch allgemeine Ansicht der gemeinrechtlichen Prozeßschriftsteller cf. u. a. Bayer S. 237, Renaud S. 105 zu Note 24.

11) Freilich erscheint eine so weit gehende Berücksichtigung des Willens der Privaten in Bezug auf die Wahl des Richters nach heutiger Auffassung des Aufbaues der Competenzordnung etwas befremdend, aber im Rahmen des römischen Prozeßsystems verliert sie diesen Charakter vollständig. Man bedenke die „absolute Selbständigkeit aller Gerichte" (Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 38 § 61); die minutiöse Darstellung des receptum arbitri in unsern Quellen (cf. D 4, 8; C 2, 55), die von der

[1]) Man vergleiche noch l D 5, 1 mit § 2 J, 3 18 vv: „praetorias stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aedilitiae: nam et hae ab jurisdictione veniunt."

hohen Ausbildung dieses Instituts infolge des praktischen Bedürfnisses Zeugnis gibt. Jegliches Bedenken muß aber schwinden bei der Erwägung, daß ja der judex datus d. i. der Civilgeschworene, der als Richter mit Urteilskraft zu entscheiden hatte, durch die Parteien aus der ganzen Zahl der im album stehenden Judices gewählt werden konnte cf. l 81 D 5, 1.

§ 8. 2) Consensus.

1) Ueber diesen Punkt enthalten die Quelle eine vollständige Entscheidung in der l 2 § 1 D 5, 1: „Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex Julia judiciorum ait „quominus inter privatos conveniat“. sufficit ergo privatorum consensus. proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret, consentire et putet suam jurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi ejus esse jurisdictionem.“

Bestritten ist nun, ob der von Ulpian an den Satz: „sufficit ergo privatorum consensus“ angeschossene specielle Fall, daß der Prätor sich für gesetzlich zuständig hält, nur als Beispiel gedacht ist. Dafür kann geltend gemacht werden, daß Ulpian die Regel in ihrer schärfsten Zuspitzung zeigen wollte; denn ein Zuständigwerden des Richters ohne sein Wissen lediglich durch den konstituirenden Willensakt der Parteien könnte sonst doch als gewagte Folgerung aus dem allgemeinen Satze erscheinen: ein Gedanke, der jedenfalls Ulpian bei der Abfassung der Stelle geleitet hat, wie das „puto posse defendi“ außer Zweifel setzt cf. Glück l. c. 220 A. 83 Man behauptet aber, daß Ulpian zugleich den einzigen Fall bezeichnet habe, in welchem ein consensus judicis nicht erfordert wird. Darnach wäre das Ergebnis der Stelle, daß es des Consenses des Richters bedarf, sobald er seine gesetzliche Unzuständigkeit kennt, d. h. daß er die Sache auch gegen den Willen beider Parteien wegen Inkompetenz zurückweisen dürfe, welche Ansicht in der gemeinrechtlichen Theorie die herrschende geworden ist; cf. u. A.

Cramer opusc. § 45.

Obrecht l. c. S. 466 sub. 37.

Seuffert Archiv IV. Nr. 256 S. 426.

4*

Freilich vermag sie sich nur notdürftig mit der l 1 D 5, 1, die nur jurisdictio auf Seite des Richters voraussetzt, und nur gezwungen mit der l. 2 § 1 cit. selbst zu vereinigen. Man statuirt einen Unterschied zwischen „Consensus" und „Non dissensus"[1]) d. h. zwischen Zustimmung zur Prorogation und Nichtablehnung derselben, ohne zu berücksichtigen, daß von „nicht ablehnen" im Falle des Irrtums des Richters auch keine Rede sein kann, gerade ebensowenig wie von „zustimmen"; denn wenn der Richter überhaupt nicht weiß, daß er ablehnen könnte i. e. wenn der Richter sich für zuständig hält, also gesetzlich durch sein Amt verpflichtet, den Prozeß zu behandeln, so kann man doch nicht sagen, er habe nicht abgelehnt, wenn er im Glauben an gesetzlich vorhandene Competenz weiter verhandeln läßt. Außerdem beachtet man nicht, daß diese Unterscheidung zwischen Zustimmung und Nichtablehnung (ihre logische Möglichkeit eingeräumt) jedenfalls nur den beiden Fällen correspondiren könnte, daß der Magistrat um seine Unzuständigkeit weiß oder daß er sich irrtümlich für zuständig hält, so daß damit in direktem Widerspruche mit dem sufficit ergo privatorum consensus eine ungleiche Behandlung normirt ist für das Wissen resp. Nichtwissen des Prätors um seine Inkompetenz. Kennt aber der Richter diese, so kann man, wenn er trotzdem in die Verhandlung der Sache eintritt, selbst vorausgesetzt, daß er den Parteien gegenüber seine Zustimmung zur Prorogation nicht ausdrücklich betont, doch nur von wirklichem Consensus (hier in wahrem Sinne: tacitus consensus), aber nie von Non dissensus sprechen. Es würde sich auch das sonderbare Resultat ergeben, daß die Parteien trachten müßten, den Richter in Unkenntnis bezüglich seiner Inkompetenz zu erhalten, um ihm sein Ablehnungsrecht zu nehmen resp. wirkungslos zu machen; die Unzuträglichkeit dieser Ansicht hat man dann dadurch zu vermeiden gesucht, daß man dem Richter das Ablehnungsrecht blos bis zur Litiscontestation einräumte: für diese Beschränkung fehlt es an jeglichem Beweis aus den Quellen, so

---

[1]) Cramer nennt ihn a. a. O. tacitus consensus, eine Bezeichnung, die bedenkliche Folgen nach sich zieht cf. Westerburg in Gruchot Beiträge 3. Folge 1. Jahrg. S. 585, nam. Note 65.

daß sie der Anschauung, die durch sie gestützt werden soll, nur zur Diskreditirung gereicht.

Freilich behauptet Reatz (S. 191), die Worte: „sufficit ergo privatorum consensus“ berechtigen noch nicht zum Schluße, daß auf Seite des Richters nichts gefordert werde sondern nur, daß beim Prätor kein Consens vorhanden sein muß, wohl aber Annahme der Sache durch den Richter zur Prorogation nötig sei; allein es ist klar, daß auch die Annahme, von der er spricht, doch nichts anders ist und sein kann als der (von uns bestrittene) Consensus des Richters.

2) Der Grund aber, welcher für die Notwendigkeit der Nichtablehnung der Sache durch den Richter meistens ins Feld geführt wird, die Ueberhäufung mit Geschäften, wodurch ein gesuchter, tüchtiger Richter bedroht sei (cf. Reatz S. 241), ist weder dem römischen Recht bekannt, noch je praktisch geworden. Reatz (S. 266) gibt selbst zu, daß die Annahme einer durch Prorogation an den Richter gelangten Sache durch denselben faktische Regel gewesen sein wird; der Prätor habe sich der Entscheidung, die der Buchstabe des Gesetzes ihm nicht auferlegte (?), ebensowenig entzogen, wie der heutige Richter, der von Eifer und Ehrgefühl, den unerläßlichen Bedingungen einer guten Rechtspflege durchdrungen ist. Warum fragt man sich, sollte denn das Gesetz nicht diesen Eifer und dieses Ehrgefühl bei allen Gliedern des Richterstandes voraussetzen dürfen, m. a. W. warum sollte es nicht, um das decorum des Standes zu wahren, die Annahme gebieten? Den Beweis dafür, daß die Annahme der Sache faktisch Regel gewesen sei, erblickt Reatz in der l 13 § 4 D ad sctm. Trebell. „Sed si (praetores) jurisdictioni se subjiciant, solet praetor in eos jus dicere.“

Allein er übersieht dabei, daß diese Stelle einen ganz heterogenen Gegenstand hat, nemlich die Begründung der Zuständigkeit gegenüber einer Magistratsperson, gegen welche der angerufene Richter kein Imperium hat, wo also überhaupt kein Praetor gesetzlich zuständig ist; m. a. W. es handelt sich hier um die Frage der Zulässigkeit des Rechtweges gegen einen Praetor und das „solet praetor in eos jus dicere“ erklärt sich aus staatsrechtlichen Gründen, nicht aus Grundsätzen der Prorogation.

3) Wenn nun trotz aller von uns aufgeführten Argumente doch in der Theorie des gemeinen Prozesses ganz allgemein[1]) ein Ablehnungsrecht des Richters angenommen wird, so läßt sich das nur verstehen, wenn man berücksichtigt, daß von den Lehrern des gemeinen Rechts fast allgemein der Prorogationsvertrag unsrer Lehre zu Grunde gelegt wurde; daraus zog man den Schluß, der Beitritt des Richters zum Prorogationsvertrag sei unbedingt nötig, um ihn zur Entscheidung der Streitsache zu verpflichten; denn ein Vertrag habe für einen dritten nur Wirkung, wenn er demselben beitrete: so z. B.

Bach opuscula (Klotzius) N. XI § 3.

Da nun aber, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, das römische Recht von einem Prorogationsvertrag nichts weiß, so ist für uns natürlich der daraus gezogene Schluß unmöglich, daß der Richter den Eintritt in denselben verweigern könne. Wir können daher bei dem aus den Quellen und dem Wesen der freiwilligen Unterwerfung gezogenen Satze stehen bleiben, daß dem römischen Recht eine Ablehnungsbefugnis des Richters gegenüber dem übereinstimmenden Willen beider Parteien unbekannt ist.

§ 9. III. **Wirkung der Prorogation.**

1) Als Wirkung der stattgehabten Prorogation bezeichnet Ulpian in der l 1 D 5, 1: „cujusvis judicis est jurisdictio“ d. h. der in dem konkreten Prozeß gesetzlich unzuständige Richter wird durch die Prorogation zuständig cf. z. B. Bayer § 77 letzter Abs.

Die einzelnen Folgerungen aus diesem Satze zu ziehen, gehört nicht zum unserm Thema. Der Vollständigkeit halber mögen die wichtigsten in aller Kürze hier Platz finden:

I. Der prorogirte Richter ist zuständiger Richter, nicht blos Schiedsrichter; daher

1) entscheidet er nach dem Gesetze, nicht arbitratu boni viri;

---

[1]) Eine Ausnahme bildet Francke l. c. S. 127 und Derselbe in Ztschr. f. CR. und Pr. N. F. II, 5.

2) das Verfahren vor ihm ist dasselbe, welches auch im Falle seiner gesetzlichen Competenz vor seinem Richterstuhl einzuhalten ist;

3) nach seiner Stellung in der Gerichtsorganisation beantwortet sich die Frage, an welches Gericht gegen seine Entscheidung appellirt werden kann und ob überhaupt noch Remedur dagegen möglich ist;

4) sein Erkenntnis hat Urteilskraft, begründet also die actio (resp. exceptio) judicati etc.

II. Der prorogirte Richter ist zuständiger Richter; daher bedarf er zur Ausübung der (ihm zustehenden) Gerichtsbarkeit keineswegs der Zustimmung des gesetzlich in der Sache zuständigen Richters (des ordentlichen Richters)

cf. Renaud l. c. S. 103 zu A. 7.;

noch auch seines vorgesetzten Richters.

III. Die Parteien können dem prorogirten Richter die Entscheidung der Sache nur unter denselben Voraussetzungen wieder entziehen, unter denen dies auch beim an sich zuständigen Richter möglich wäre cf. Francke l. c. S 128 Note 8.

2) In dieser Wirkung der Prorogation liegt aber auch noch ein weiteres Argument für unsre Ansicht, nach welcher ein Ablehnungsrecht des Richters aus den Grundsätzen des römischen Rechts nicht zu konstruiren ist. Gerade auf diese Begründung legt Francke (in der Ztschr. für C. R. u. P N. F. Bd. 2 N. V. S. 113 ff.) das meiste Gewicht. Doch muß zugestanden werden, daß dieselbe für sich allein nicht als durchschlagend angesehen werden kann. Die Frage lautet nemlich eigentlich: Erfolgt die Prorogation ohne Zustimmung des Richters? und nicht: Macht die (erfolgte) Prorogation zuständig ohne Zustimmung des Richters, wie Francke l. c. sich die Quaestio zurecht gelegt hat.

3) Da nun ein unzuständiger Richter nur auf dem Wege freiwilliger Unterwerfung zuständig werden kann, so folgt unmittelbar, daß er unzuständig bleibt, trotzdem ihm die Streitteile äußerlich die Entscheidung ihres Prozesses übertragen haben, wenn eine giltige Prorogation nicht zu Stande gekommen ist.

Sind also die gesetzlichen Bedingungen einer Vereinbarung über den Gerichtsstand nicht gegeben, d. h. liegen auf Seite der Parteien nicht subjectio und consensus in judicem vor, auf Seite des Richters nicht der Besitz der jurisdictio, so ist das ganze Verfahren vor dem angegangenen Richter nichtig: nulla est jurisdictio.

Somit kann jede Partei jederzeit (auch in der Appellationsinstanz arg l. 2, l. 4 C. 7, 48) den ganzen Prozeß als nichtig anfechten. Es bedarf aber zur Umstoßung ihrer Thätigkeit, da ja auch spätere Ratihabitio möglich ist cf. Paurmeister de Jurisd. imp. Rom. lib. 1. cap. 27 S. 303.

Hiebei hat nach allgemeinen Grundsätzen diejenige Partei, welche das Verfahren wegen der ihm anhaftenden Nichtigkeit anfechten will, den Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses des Zuständigwerdens durch Prorogation zu beweisen. Eine Präsumtion des Irrtums, so daß der Beweis des Consensus diejenige Partei treffen würde, welche die Gegenpartei gegen deren Willen bei dem einmal angegangenen Richter festhalten will (cf. Vultejus Comm. ad. tit Cod de jud. n. 176; Durantis spec. jur. lib. II pars I n. 7 de compet.) ist aus den Quellen absolut nicht zu entnehmen; denn die l 21 D de probat. 22,3 und l 16 C episcop. aud. haben für das Prozeßrecht keine Beweiskraft. Man würde aber auch damit dem Gegner des angeblich Irrenden ein nicht zu rechtfertigendes onus probandi aufbürden; denn man kann ihm doch nicht verdenken, wenn er das Erscheinen und Verhandeln seines Prozeßgegners dahin deutet, daß das angegangene Gericht entscheiden soll. Es entspricht endlich nicht der regelmäßig geringen Bedeutung, welche die Competenzfrage für die Parteien dann noch hat, wenn sie einmal vor einem Gericht in die Verhandlung der Sache eingetreten sind. Haben sie nemlich keinen Grund, der Entscheidung des Richters zu mißtrauen, so wird es meist in ihrem beiderseitigen, wohlverstandenen Interesse sein, den angefangenen Prozeß bei dem einmal damit befaßten Richter auch zu Ende zu führen, und das Gesetz hat keinen Anlaß, durch Aufstellung einer Präsumtion des Nichtwissens um die gesetzliche Inkompetenz des angegangenen Richters unnötige Verzögerungen des Prozesses infolge Chikane der einen Partei zu begünstigen, zu-

mal es vom Beklagten wohl erwarten kann, daß er bezüglich seines Gerichtsstandes sich nicht im Irrtum befinde,

cf. l 9 § 1 D unde cognati 38,8.

Reatz (S. 78 ff.) bürdet die Beweislast der Uebereinstimmung d. h. der freiwilligen Unterwerfung des Beklagten dem Gerichte auf, indem er die Einrede des Consensmangels als uneigentliche(?) Inkompetenzeinrede auffaßt; da er aber verlangt, daß „der Kläger die Materialien zum Beweise des Consenses des Beklagten gegen den Beklagten dem Gerichte in die Hände liefere," kommt er doch wieder auf die praesumtio erroris hinaus.

§ 10. Summarium.

Im Vorstehenden haben wir in kurzen Zügen aus dem Inhalte der Quellen das Prinzip zu entwickeln gesucht, von welchem das römische Recht bei der Lehre von unserm Gerichtsstande ausgegangen, wir wollen nun am Schlusse der Darstellung des forum conventionale der Römer die charakteristischen Merkmale desselben zur Uebersicht uns noch einmal vergegenwärtigen. Fassen wir sie in eine Definition zusammen, so können wir sagen:

Prorogation ist Zuständigmachung eines inkompetenten Civilrichters durch freien Willensakt der Parteien, indem sie vor demselben erscheinen und ihm trotz der ihnen bekannten Unzuständigkeit durch Verhandeln zur Hauptsache die Entscheidung ihrer Streitsache anvertrauen.:

Damit sind aber folgende Rechtssätze gegeben:

1) Jeder Civilrichter kann, weil im Besitze der Jurisdictio durch Prorogation zuständig werden ohne Ansehung der Beschränkung seiner gesetzlichen Competenz auf bestimmte Personen oder Sachen und ohne Rücksicht darauf, in welcher Instanz er an sich zuständig ist.

2) Ohne freiwilliges Erscheinen beider Parteien vor dem Richter ist Prorogation undenkbar.

3) Ebensowenig kann von freiwilliger Unterwerfung die Rede sein, wenn nicht beide Parteien in der Absicht zu prorogiren übereinstimmen.

4) Beide Parteien müssen dem Richter die Entscheidung ihres Prozesses übertragen wollen d. h. ihm die materialia causae zur richterlichen Prüfung vortragen.

5) Der entscheidende Zeitpunkt für das Vorhandensein der Erfordernisse zur giltigen Prorogation ist die Litiscontestatio oder (genauer) die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache.

6) Ein außergerichtlicher Unterwerfungsvertrag hat keinerlei bindende Wirkung, da zur Begründung unsres Gerichtsstandes die freiwillige Vornahme prozessualer Handlungen wesentlich ist.

7) Der prorogirte Richter hat kein Recht des Widerspruchs, noch viel weniger der gesetzlich zuständige Richter oder ein Obergericht.

8) Fehlt es an einer Voraussetzung der giltigen Prorogation, sei es auf Seite der Parteien oder auf Seite des Gerichtes, so ist alles, was der angegangene Richter gethan hat, nichtig d. h. jeder Zeit als nichtig anfechtbar.



